



Volume 9 – Número 2
Dezembro 2015

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

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

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Banco Central do Brasil

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil.
Procuradoria-Geral. Vol. 9, n. 2, dez. 2015. Brasília: BCB, 2015.

Semestral (junho e dezembro)
ISSN 1982-9965

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

CDU 346.1(05)

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



BANCO CENTRAL DO BRASIL

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 9 • Número 2 • Dezembro 2015

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 9 • Número 2 • Dezembro 2015

Diretora da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Adriana Teixeira de Toledo – Banco Central, DF

Editora Chefe da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Rosely Palaro Di Pietro – Banco Central, DF

Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Ricardo Ferreira Balota – Banco Central, DF

Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
João Marcelo Rego Magalhães – Banco Central, DF

Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Conselheiros

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

Edil Batista Júnior – Banco Central, PE

Fabiano Jantalia Barbosa – Banco Central, DF

Jefferson Siqueira de Brito Alvares – Banco Central, DF

José Eduardo Ribeiro de Assis – Banco Central, RJ

Lademir Gomes da Rocha – Banco Central, RS

Liliane Maria Busato Batista – Banco Central, PR

Luiz Regis Prado – Ministério Público do Paraná, PR

Marcelo Dias Varella – Centro Universitário de Brasília, DF

Marcelo Labanca Correa de Araújo – Banco Central, PE

Tânia Nigri – Banco Central, SP

Vincenzo Demetrio Florenzano – Banco Central, MG

Consultores

Cassiomar Garcia Silva – Banco Central, DF

Guilherme Centenaro Hellwig – Banco Central, DF

Marcelo Madureira Prates – Banco Central, PR

Bruno Meyerhof Salama – Fundação Getulio Vargas, SP

Camila Villard Duran – Universidade de São Paulo, SP

Ellis Jussara Barbosa de Souza – Banco Central, RJ

Fabício Bertini Pasquot Polido – Universidade Federal de Minas Gerais, MG

Fabício Torres Nogueira – Banco Central, DF

Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP

Flavio José Roman – Banco Central, DF

James Ferrer – *George Washington University*, EUA

João Alves Silva – Banco do Brasil

Leandro Novais e Silva – Banco Central, MG

Luciane Moessa de Souza – Banco Central, RJ

Marcelo Andrade Féres – Procuradoria-Geral Federal, DF

Márcia Maria Neves Correa – Banco Central, RJ

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

Marcos Aurélio Pereira Valadão – Universidade Católica de Brasília, DF

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

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

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

Procuradoria-Geral do Banco Central

Procurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Subprocurador-Geral Chefe de Gabinete do Procurador-Geral

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Procurador-Geral Adjunto

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Procurador-Geral Adjunto

Marcel Mascarenhas dos Santos

Subprocuradora-Geral da Câmara de Consultoria Geral

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

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

Eliane Coelho Mendonça

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

Igor Arruda Aragão

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

Alexandre Forte Maia

Subprocurador-Geral da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

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

Marcus Vinícius Saraiva Matos

Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Administrativa

Arício José Menezes Fortes

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

Leonardo de Oliveira Gonçalves

Subprocurador-Geral Supervisão Regional

Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado

Subprocurador-Geral da Câmara de Representação Extrajudicial e de Assuntos Penais

Nelson Alves de Aguiar Júnior

Sumário

Editorial

Apresentação

Adriana Teixeira de Toledo _____ 13

Nota da Edição

Ricardo Ferreira Balota _____ 15

Artigos

Cooperação Financeira Internacional do Banco Central do Brasil

Maria Celina Berardinelli Arraes _____ 17

O Estado Regulador e a Ascensão da Atuação Administrativa Preventiva

Humberto Cestaro Teixeira Mendes _____ 45

Da Necessidade de Adoção de Processo Regulamentar pela Administração Pública Brasileira

Alexandre Magno Fernandes Moreira _____ 59

A Relevância do Conceito de Relação Jurídica para a Compreensão da Natureza do Controle Concentrado de Constitucionalidade

Pablo Bezerra Luciano _____ 77

A Ordem Econômica Internacional e o Contexto da Norma Jurídica Constitucional

Antonio Fernando Monteiro Garcia _____ 105

Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 6/2015-BCB/PGBC

Parecer que analisa a questão relativa à autoridade competente para analisar e aprovar operação de interesse de administradora de consórcio que possa caracterizar ato de concentração no sistema de consórcios.

Alexandre Forte Maia, Danilo Takasaki Carvalho, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e Cristiano de Oliveira Lopes Cozer _____ 149

Parecer Jurídico 446/2014-BCB/PGBC

Parecer que analisa sugestão de adoção de resolução, pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), que obrigue as instituições financeiras a comunicarem formalmente ao cliente as razões da impossibilidade da concessão de financiamento.

Bárbara Miyuki Takenaka Fujimoto, Alexandre Forte Maia e Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira _____ 167

Petição 6.195/2015-BCB/PGBC

Petição apresentada pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil que requer seu ingresso na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.413/CE, na qualidade de *amicus curiae*, requerendo, ainda, nesta mesma oportunidade, a suspensão liminar do andamento de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade da Lei nº 15.878, de 29 de outubro de 2015, do Estado do Ceará, que dispõe sobre o sistema de conta única de depósitos sob aviso à disposição da justiça.

Isaac Sidney Menezes Ferreira, Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho, Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos e Murilo Santos Ramos _____ 179

Petição 3.933/2015-BCB/PGBC

Memorial apresentado pela Procuradoria-Geral do Banco Central no Recurso Extraordinário (RE) nº 857.246/PR, no qual se discute o conceito de “reputação

ilíbada” para fins de homologação de nome a cargo de direção da instituição financeira Cooperativa de Crédito Mútuo dos Servidores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso (Sicoob/Coopertec).

*Isaac Sidney Menezes Ferreira, Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho,
Ériton Bittencourt de O. Rozendo e Bernardo Heckmann* _____ 201

**Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do
Banco Central** _____ 235

Apresentação

Mais um volume da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central é colocado à disposição dos leitores interessados em se aprofundar em temas de Direito Econômico e conhecer melhor a produção técnica e científica de Procuradores do Banco Central, dos servidores da autarquia, de professores e colaboradores externos.

Nos últimos anos tive a satisfação de atuar como Diretora da Revista, liderando um time de primeira linha dedicado ao nobre trabalho de incentivar e avaliar a produção de artigos nas áreas de organização e concorrência do sistema financeiro; política monetária e cambial e assuntos internacionais; supervisão do sistema financeiro; legislação penal e tributária aplicável ao sistema financeiro; inclusão financeira e responsabilidade socioambiental, temas que compõem a linha editorial do periódico.

Acompanhar de perto a edição da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central trouxe-me a visão do conjunto de assuntos que permeiam as principais atividades do Banco Central e do sistema financeiro, além do grande aprendizado adquirido com o processo de avaliação dos trabalhos submetidos ao Conselho Editorial. Cada texto, aprovado ou não, traz algum novo conhecimento sobre o tema a que se propõe. É enriquecedor!

Não bastasse tudo isso, no primeiro semestre de 2015, fomos brindados com o resultado do processo de avaliação pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), no qual a Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central subiu dois níveis na classificação do sistema Qualis Periódicos, passando a compor o grupo de periódicos com estrato B3, avaliação bastante qualificada se comparada com os demais periódicos da área do Direito e com tempo de vida tão curto. O sistema Qualis é o conjunto de procedimentos utilizado na avaliação para estratificação da qualidade da produção intelectual, em cada área da ciência.

O resultado da avaliação confirma a percepção de que, nesses oito anos de publicação, contados da sua primeira edição, a Revista constituiu-se em instrumento para difusão do conhecimento adquirido pelos profissionais do Banco Central e de diversos entes públicos e privados, bem como pelos acadêmicos de universidades nacionais e internacionais, que guardam a Revista em sua biblioteca.

Com tantos conflitos em vigor, o Direito tem papel cada vez mais relevante como fonte de resolução dos problemas e pacificação das sociedades. Em especial na esfera do Direito Econômico, ressalto a importância dos estudos de concorrência e proteção ao consumidor para a sociedade brasileira, que tem se fortalecido com a conscientização dos direitos e deveres individuais. A busca, cada vez maior, por justiça requer aperfeiçoamento dos sistemas normativos e da capacidade de sua aplicação. Os agentes do Direito precisam estar sempre atentos a essa dinâmica, pois o Direito é ciência viva e, por isso, em contínuo desenvolvimento.

Nesse passo não posso deixar de fazer menção especial ao advogado e à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O advogado, como principal destinatário desta produção, é quem nos inspira no constante movimento de aprimorá-la, a fim de trazer melhor qualidade, agilidade e inovação ao conhecimento do profissional, na área pública ou privada, cuja atuação requer atualização, em especial sobre os temas singulares aqui tratados.

Ciente dessa necessidade do advogado, a OAB, por intermédio do seu Conselho Federal, tem dado apoio fundamental para que a divulgação da Revista não perca amplitude. Em diferentes oportunidades, pudemos contar com o patrocínio da autarquia para garantir a impressão dos exemplares. Os membros do Conselho Editorial da Revista e todos os advogados são gratos à OAB pelo reconhecimento e pela generosidade.

Assim, com a convicção de que a Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central continuará estimulando a produção científica em prol da evolução dos sistemas e da atualização profissional no campo jurídico, apresento-lhes esta edição com espaço dedicado a estudos do direito comparado, da cooperação internacional, da atuação administrativa.

Boa leitura. Até a próxima!

Adriana Teixeira de Toledo

Diretora da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Nota da Edição

Na segunda edição de 2015, a Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central vem a lume com novas contribuições de autores interessados no estudo e no desenvolvimento de temas relativos ao Direito Público, em especial, ao Direito Econômico.

Com a desafiante temática dos desafios do sistema monetário internacional na era da globalização, o artigo Cooperação Financeira Internacional do Banco Central do Brasil faz avaliação crítica sobre as experiências de cooperação financeira internacional do Banco Central do Brasil no âmbito das políticas de integração regional na América Latina, tendo em vista os acordos firmados pelo grupo de países emergentes que ficaram conhecidos pelo acrônimo BRICS.

No segundo artigo, O Estado Regulador e a Ascensão da Atuação Administrativa Preventiva, é abordado o tema de grande atualidade da atuação preventiva pela Administração Pública, notadamente, a adoção de medidas administrativas que busquem o afastamento de riscos e infrações e atendam ao interesse público. A análise é feita com o pano de fundo da atuação preventiva utilizada pelo Banco Central do Brasil.

Também de grande atualidade, o terceiro artigo, Da Necessidade de Adoção de Processo Regulamentar pela Administração Pública Brasileira, trata da questão relativa ao processo formal de produção de normas administrativas pelos diversos órgãos e entidades públicas a que é atribuído algum tipo de competência regulamentar.

Passando para a seara do processo civil, o artigo A Relevância do Conceito de Relação Jurídica para a Compreensão da Natureza do Controle Concentrado de Constitucionalidade fundamenta a impossibilidade de se atribuir à generalidade dos órgãos judiciais brasileiros o controle abstrato de constitucionalidade das leis na diferenciação entre função fundamentalmente política da atividade de controle abstrato de constitucionalidade e a atividade típica do poder judiciário de solução de conflitos práticos.

Já o artigo A Ordem Econômica Internacional e o Contexto da Norma Jurídica Constitucional analisa as implicações das mudanças na arquitetura do Sistema Monetário e Financeiro Internacional na ordem jurídica brasileira.

Por fim, o artigo Considerações Jurídicas sobre a Emissão das Letras de Crédito Imobiliário apresenta uma análise jurídica desse título de crédito instituído pela Medida Provisória nº 2.223, de 4 de setembro de 2001, e regulamentado pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.

A seção de pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) conta as seguintes manifestações jurídicas: um parecer sobre a questão da autoridade competente para analisar e aprovar operação de interesse de administradora de consórcio que possa caracterizar ato de concentração; um parecer elaborado pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil acerca da sugestão de adoção de resolução, pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), que obrigue as instituições financeiras a comunicarem formalmente ao cliente as razões da impossibilidade da concessão de financiamento, precedentes acerca da competência do CMN para normatizar a relação entre instituições financeiras e seus clientes; uma petição do Banco Central que requer seu ingresso como *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.413/CE, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), com o objetivo de ver declarada inconstitucional a Lei nº 15.878, de 29 de outubro de 2015, do Estado do Ceará, que “dispõe sobre o sistema de conta única de depósitos sob aviso à disposição da justiça; e uma petição que contém memorial apresentado pela PGBC no Recurso Extraordinário nº 857.246/PR, no qual se discute o conceito de “reputação ilibada” para fins de homologação de nome a cargo de direção da instituição financeira Cooperativa de Crédito Mútuo dos Servidores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso (Sicoob/Coopertec) e uma suposta violação aos incisos LVII (presunção da inocência), LIV (devido processo legal), LV (duplo grau de jurisdição), todos do artigo 5º da Constituição Federal (CF), bem como suposta afronta ao princípio do *non bis in idem*.

Boa leitura!

Brasília, 30 de dezembro de 2015.

Ricardo Ferreira Balota

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

Cooperação Financeira Internacional do Banco Central do Brasil

Maria Celina Berardinelli Arraes*

Introdução. 1 Definição e funcionamento do sistema monetário internacional. 2 Revisão da literatura. 3 Histórico dos mecanismos de cooperação financeira do Brasil. 3.1 Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos. 3.2 O Acordo de São Domingos e o Programa Automático de Pagamentos. 3.3 Gaúcho, o Fundo de Reservas Brasil-Argentina, e outras iniciativas. 3.4 Sistema de Pagamentos em Moeda Local Brasil-Argentina. 3.4.1 Alterações no arcabouço legal para operações em moeda local no sistema bancário brasileiro. 3.5 Acordos de swap. 3.5.1 Federal Reserve. 3.5.2 Banco Central da Argentina. Conclusão.

Resumo

O objetivo principal deste artigo é fazer o registro histórico das experiências de cooperação financeira internacional do Banco Central do Brasil e resgatar as lições aprendidas. A relevância do tema é devida ao acordo firmado no âmbito dos países BRICS – Acordo Contingente de Reservas – e ao acordo de *swap* de moedas entre Brasil e China, os mais recentes exemplos. A cooperação financeira internacional é interpretada como parte dos acordos vigentes no âmbito do sistema monetário internacional e categorizada com base na classificação dada pela literatura sobre o assunto. Com fundamento no critério da literatura, são descritas as experiências relevantes, até mesmo as que não se concretizaram.

* Mestre em Economia pela Universidade de Brasília. Ex-diretora de Assuntos Internacionais do Banco Central do Brasil (2008-09) e copresidente do G-20 financeiro em 2008. Servidora do Banco Central do Brasil durante 25 anos (aposentada). Funcionária (12 anos), e atualmente consultora, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Conclui-se que todas as iniciativas ocorreram no âmbito da integração regional sob os acordos da Associação Latino-Americana de Integração (Aladi) ou Mercado Comum do Sul (Mercosul) e que podem ser afetadas negativamente quando não há algum grau mínimo de coordenação de políticas econômicas. Também relevante para o sucesso são o montante envolvido e a clara distribuição dos riscos entre os participantes.

Palavras-chave: CCR. Acordos de *swap*. BRICS. Acordo contingente de reservas. CRA. *Swap* China.

Abstract

The main objective of this article is to make the historical record of the experiences in international financial cooperation of the Central Bank of Brazil and register the lessons learned. The relevance of the theme is due to the recent approval of the Contingent Reserve Agreement (CRA) among the BRICS countries and the of the swap agreement between Brasil and China. International financial cooperation is interpreted under the aegis of agreements of the international monetary system and categorized according to the literature on the subject. Based on the criteria extracted from the literature, the initiatives are described, including those that were not materialized. Main findings show that all the initiatives were linked to the regional integration process under Aladi or Mercosul treaties and that they may be negatively affected when there is not even a minimum degree of economic policy coordination. Also relevant for the success are the amount involved and the clear distribution of risks among participants.

Keywords: BRICS. Contingente Reserve Agreement. CRA. *Swap* China. CCR (ALADI payment arrangement).

Introdução

As discussões sobre cooperação financeira internacional e o sistema monetário internacional geralmente ocorrem em âmbito restrito a acadêmicos ou a funcionários de bancos centrais e de ministérios da área financeira. Só costumam aparecer nos noticiários, nas épocas de crise, com raras exceções. Recentemente, a grave crise financeira que se estendeu por todo o mundo, tornando-se global, deu chance a que esse debate emergisse, uma outra vez, de forma bem vigorosa, e recentemente nas discussões entre os países chamados BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) e sobre o papel de moeda internacional do Yuan. Uma abordagem histórica da experiência de cooperação financeira internacional pode contribuir com as lições aprendidas ao longo dos anos e para mitigar os riscos inerentes à operação do sistema monetário internacional.

Além das iniciativas financeiras dos BRICS, acordos de cooperação financeira entre países emergentes e/ou em desenvolvimento encontram-se em negociação. Os Relatórios de Administração do Banco Central do Brasil (BCB) de 2012 e 2014 registram, entre as iniciativas de cooperação financeira e monetária, os acordos bilaterais de *swap* em moedas locais, entre os bancos centrais dos BRICS. De concreto até o momento, os Bancos Centrais do Brasil e da China, anunciaram, em junho de 2012¹, (BRASIL, 2013) a concordância sobre um *swap* de moeda local.² Na edição de 2014 (BRASIL, 2015), mencionou-se que, na atualidade, o BCB negocia e avalia a possibilidade de firmar acordos para utilização de moedas locais, semelhantes ao acordo com Argentina e Uruguai, com outros países da região e com membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa.

O objetivo principal deste artigo é fazer o registro histórico das experiências de cooperação financeira internacional do BCB e resgatar as lições aprendidas como contribuição para o entendimento das iniciativas atuais.

1 Também foi assinado Memorando de Entendimento para aprimorar o intercâmbio de informações relacionadas à fiscalização de instituições financeiras e para aumentar a cooperação entre os dois órgãos em assuntos relacionados à supervisão bancária. O objetivo é respaldar os processos de acompanhamento de instituições financeiras brasileiras com agências, escritórios ou subsidiárias naquele país e de bancos chineses com atuação no Brasil.

2 O CMN editou a Resolução nº 4.202, de 28 de março de 2013, que regulamentou o art. 7º da Lei nº 11.803, de 5 de novembro de 2008, normatizando a abertura e a manutenção de contas de depósito em reais tituladas por bancos centrais estrangeiros, com os quais a autarquia celebre contratos de *swap* de moedas.

Para tanto, após esta introdução, o artigo apresenta, em sua segunda seção, as principais definições e funções do Sistema Monetário Internacional como pano de fundo/contextualização das iniciativas atuais de assistência de liquidez e *swap* de moedas. Na terceira seção, faz-se uma curta revisão da literatura, com o objetivo de encontrar uma caracterização dos mecanismos de cooperação financeira regional que facilite a comparação das atuais iniciativas do governo brasileiro, com mecanismos já existentes ou negociados. Na quarta seção, descreve-se a evolução dos mecanismos de cooperação financeira regional, dos quais o Brasil participe ou tenha participado. A conclusão apresenta lições aprendidas.

1 Definições e funcionamento do sistema monetário internacional

A cooperação financeira internacional entre bancos centrais ocorre no âmbito e sob as regras do Sistema Monetário Internacional. Uma breve recordação do que é essa entidade – Sistema Monetário Internacional – faz-se necessária para contextualizar as experiências do Banco Central do Brasil na área. Existem inúmeras definições, mas a mais abrangente é a de Solomon (1977, p. 5-6): conjunto de acordos, regras, práticas e instituições sob os quais são realizados os pagamentos além das fronteiras domésticas. Tal conjunto de regras e regulamentos está consubstanciado não só no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional (FMI), organismo responsável pela administração do sistema, mas também nos acordos e consultas entre os países, por meio da Organização Mundial do Comércio (OMC), da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), da Conferência para Comércio, Agricultura e o Desenvolvimento das Nações Unidas (UNCTAD), do Banco para Liquidações Internacionais (BIS) e das organizações regionais. O envolvimento de diversas instituições e acordos acarreta a complexidade de seu funcionamento.

Com o crescimento dos fluxos financeiros internacionais, a irrelevância relativa dos montantes de assistência financeira do FMI e a resistência dos países desenvolvidos em aumentar o montante disponível, por meio das quotas, reconheceu-se a possibilidade de um papel colaborativo para soluções de

cooperação financeira regionais e de subgrupos de países, como os emergentes. De fato, após a crise de 2008-2009, os arranjos financeiros internacionais foram reconhecidos como importante camada da rede de segurança financeira global (GFSN). O Comitê Monetário e Financeiro do FMI, em seu Comunicado de outubro de 2010, reconhece a importância de “cooperar com outras instituições semelhantes, em particular com acordos financeiros regionais arranjos financeiros regionais”. O Grupo dos 20 aprovou princípios gerais, em sua reunião, de junho de 2012, em *Los Cabos*, sobre a importância de redes de segurança (*safety nets*) globais e regionais (KAWAI e LOMBARDI, 2012). É nesse contexto que se enquadra o registro histórico que se faz neste artigo.

Como coadjuvante à melhoria do funcionamento do sistema monetário internacional, além da cooperação com base em arranjos financeiros regionais, foram utilizados os acordos de *swaps* bilaterais entre bancos centrais, não ligados a uma iniciativa de integração econômica regional. Nesse caso, *swap* de moedas é um acordo para trocar uma moeda por outra e reverter a transação numa data futura. Esses *swaps* são utilizados amplamente pelo setor privado e por bancos centrais, com o objetivo de facilitar o funcionamento dos mercados de câmbio internacionais, geralmente, quando existe risco de escassez de determinada moeda, mesmo em momentos de crise.

2 Revisão da literatura

Essa curta revisão da literatura visa à caracterização dos mecanismos de cooperação financeira regional como quadro para classificação das iniciativas de cooperação financeira internacional do Banco Central do Brasil. Da literatura relevante, foram examinados os textos de autores e/ou instituições que nunca pararam de estudar o tema (*Barry Eichengreen*, FMI, José Antonio Ocampo e *Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos* – CEMLA), para escolher uma classificação útil a este artigo.

Eichengreen (2012) utiliza uma abordagem histórica e classifica os arranjos financeiros geograficamente, tendo estudado a experiência europeia e a africana para subsidiar as discussões das novas iniciativas asiáticas, particularmente

o acordo de Chiang Mai, em sua versão 2010, que totaliza US\$240 bilhões³. Mencione-se a descrição da *European Payments Union* (EPU) que inspirou os Convênios de Créditos Recíprocos (CCR) na América Latina. Seu foco de análise é a tensão existente entre acordos regionais e multilaterais, e possíveis oportunidades de cooperação entre tais instâncias.

O estudo do FMI (2013) tem foco na coordenação entre o Organismo e os arranjos financeiros regionais (*Regional Financial Arrangements* – RFAs). Apresenta o conceito de *Global Financial Safety Net*, rede global de segurança financeira, que seria formada pelo FMI, acordos/arranjos regionais e credores bilaterais. Sua necessidade deriva do fato de que a acumulação de reservas internacionais e a correção de rumo da política econômica doméstica não são suficientes para enfrentar a ordem de grandeza dos fluxos internacionais atuais e restabelecer o equilíbrio nas economias. O documento define RFA como mecanismo financeiro, por meio do qual um grupo de países, numa região, promete apoio financeiro regional para enfrentar crises de liquidez ou de balanço de pagamentos. Recursos são sacados de um *pool*, ou de acordos de *swaps*. Em sua definição, exclui acordos bilaterais, bancos de desenvolvimento ou linhas de crédito entre bancos centrais.

A abordagem de Ocampo e Titelman (2012) é mais abrangente e caracteriza o surgimento de RFAs ligados à integração regional. Ocampo (2006) apresenta quatro argumentos básicos para um papel forte de instituições regionais, como parte das redes de segurança financeira global:

1. **pooling de risco:** instituições regionais podem oferecer menor risco que seus membros, individualmente, e conseguir *rating* melhor que os países membros, separadamente, propiciando até oportunidades de intermediação financeira lucrativa. Apesar do risco de efeito contágio, a demanda por fundos não coincide exatamente, no tempo, gerando potencial para papel dos fundos de reserva e acordos de *swap*, como primeira linha de defesa, durante crises. Eventualmente, podem até ter um papel útil de redução do contágio;
2. **complementaridade entre as instituições globais e regionais:** em vista da heterogeneidade da comunidade internacional, a coordenação de políticas

3 A última versão da iniciativa de Chiang Mai foi anunciada em 2010, pelos países da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) (Indonésia, Malásia, Filipinas, Cingapura, Tailândia, Brunei, Burma, Camboja, Laos e Vietnã) mais China, Japão e Coreia do Sul e constitui-se de uma rede de acordos de *swap*, no montante máximo de US\$240 bilhões.

econômicas pode funcionar melhor em organizações regionais. Podem estabelecer normas e adaptar as normas globais às condições regionais, dada as tradições regulatórias diferentes, reduzindo, assim, os custos de aprendizado. Podem também estabelecer mecanismos de supervisão dos sistemas regulatórios e eventualmente criar moedas regionais. Ainda nessa linha de argumentação, em termos de comércio exterior, a globalização foi acompanhada por forte regionalismo, podendo agora ter sua contraparte financeira. Em suma, *peer pressure* (pressão por seus pares) pode funcionar melhor;

3. **competição particularmente na oferta de serviços para países pequenos e médios:** as instituições globais servem melhor aos atores que têm influência sistêmica. Os pequenos têm relações de poder bastante desfavoráveis, estabelecendo-se, assim, o argumento de uma divisão de tarefas entre instituições globais e regionais;
4. **argumento federalista:** em qualquer arranjo, a voz dos pequenos e médios não será forte nas instituições globais, podendo levar à falta de compromisso da parte deles. Essa tendência pode ser remediada por instituições fortes regionais, em que sua voz faça diferença. Mas é importante que exista a percepção de que essas instituições regionais fazem parte da ordem internacional. O sentimento de *ownership* (pertencimento) estabelece uma relação especial entre os membros, que ajuda a diminuir os riscos, fortalecendo o argumento de diluição do risco, até mesmo pela concessão de *status* de credor preferencial.

Uma abordagem interessante do autor, no artigo já mencionado – Ocampo e Titelman (2012) – é a separação, em duas vertentes, da cooperação financeira regional, conforme segue:

1. **mecanismos para cooperação macroeconômica e financeira** – assistência de liquidez em crises de Balanço de Pagamentos: (i) mecanismos de diálogo político e supervisão mútua; (ii) sistemas mais elaborados de supervisão macroeconômica e consultas; (iii) coordenação de políticas econômicas; (iv) fundos de reserva regionais e acordos de *swap* entre bancos centrais; e (v) uniões monetárias, a forma mais desenvolvida de cooperação. Inserem-se os acordos regionais de pagamentos, até com utilização de moedas locais, e a cooperação na área de supervisão e regulação dos sistemas financeiros

domésticos, apesar de seu grau mais fraco de cooperação. Mencionam a experiência do Fundo Latino-Americano de Reserva (FLAR) como o único mecanismo de sua espécie no mundo em desenvolvimento, que funciona há mais de trinta anos e tem fornecido apoio a seus países membros. Constituído em 1978, como Fundo Andino de Reserva, tendo como membros Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, tornou-se latino-americano em 1991, para permitir a adesão de outros países da região. A grande diferença desse mecanismo é que ele funciona com capital subscrito e integralizado. O capital subscrito proporciona acesso rápido a fundos emergenciais, não dependendo de disponibilidade no momento de reservas pelos bancos centrais dos países membros;

2. **financiamento para o desenvolvimento** – os bancos regionais de desenvolvimento têm desempenhado também papel anticíclico durante crises, principalmente o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Outros, menores, atraíram membros não regionais, como o *Banco Centroamericano para Integración Económica* (BCIE) – Argentina, Colômbia, México, Espanha e Taipei, China – e a Corporação Andina de Fomento (CAF), renomeada Banco de Desenvolvimento da América Latina, após a adesão de novos membros (quatorze da América Latina, dois do Caribe, além de Portugal e Espanha). Menciona-se também o Fundo Financeiro para o Desenvolvimento da Bacia do Prata (FONPLATA), mas já se concluiu que essa instituição gerencia um montante muito pequeno de recursos para ter efeito anticíclico.

3 Histórico dos mecanismos de cooperação financeira do Brasil

Nesta seção procurou-se resgatar as experiências do Brasil em cooperação financeira entre bancos centrais e, com base nessas experiências, sistematizar a discussão das lições aprendidas para torná-la útil à compreensão dos mecanismos de cooperação mais recentes. Por isso, a escolha de se concentrar na categoria **Mecanismos para cooperação macroeconômica e financeira**, de Ocampo e Titelman (2012), em especial, na subcategoria de fundos de reservas regionais e acordos de *swaps* entre bancos centrais, além de acordos regionais de pagamentos.

Resulta, assim, a opção de considerar: (i) o CCR, que é primordialmente um acordo regional de pagamentos, mas que envolve concessão de crédito; (ii) o Acordo de Santo Domingo, que é essencialmente assistência financeira em crises de Balanço de Pagamentos e Liquidez, no âmbito do CCR; e (iii) Sistemas de Moedas Locais – acordo regional de pagamento no âmbito do Mercado Comum do Sul (Mercosul); (iv) as experiências recentes em termos de Acordos de *swap*.

3.1 Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos

Conforme descrito no sítio eletrônico da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), o CCR é um sistema integrado de três componentes fundamentais: um mecanismo de compensação multilateral de pagamentos, um sistema de garantias e um mecanismo de **financiamento transitório** (grifo nosso) dos saldos da compensação multilateral.

A versão atual do CCR foi negociada já no contexto da ALADI e data de 1982⁴. Em sua versão original, no chamado Acordo do México de 1965, que aprovou o CCR, constava como objetivo: “Este acordo foi concebido como o início de uma cooperação multilateral formal entre as entidades bancárias da região para chegar, em sucessivas etapas, à integração monetária e financeira” (LOSADA, 1987, tradução livre). Por sua vez, em 1982, os objetivos expressos foram menos ambiciosos que na versão original de 1965: facilitar o intercâmbio comercial da região, ao reduzir as transferências internacionais em um cenário de escassez de divisas, que marcou a década de 80. A última alteração ocorreu em junho de 2013, sem alteração nos objetivos.

Durante todo o período de operação, o CCR teve preservada sua estrutura básica de funcionamento: um sistema de pagamentos com compensação multilateral quadrimestral de débitos e créditos, entre os bancos centrais, acoplado a acordos bilaterais de crédito, para permitir o mencionado prazo quadrimestral (janeiro-abril, maio-agosto, setembro-dezembro de cada ano) e garantias que asseguram sua operação contínua. O valor das

⁴ São signatários do Convênio os bancos centrais dos países membros da Aladi – Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela (exceto Cuba) – e da República Dominicana, no total de doze participantes.

linhas de crédito bilaterais totalizava US\$5,6 bilhões em dezembro de 2014 (ALADI, 2015).

Um ponto importante para sistemas de pagamento é sua continuidade, sem interrupções. Nesse sentido, ressalte-se que os seguintes pressupostos basilares, concretizados em garantias para operação do mecanismo, foram mantidos, durante os quase cinquenta anos de existência do CCR, contribuindo para seu sucesso. O funcionamento desse sistema somente é possível devido às garantias e às operações cursadas:

- **convertibilidade:** conversão imediata para dólares dos Estados Unidos, dos pagamentos em moeda local, efetuados pelas instituições financeiras credenciadas a operar por seus bancos;
- **transferibilidade:** transferência garantida de dólares americanos, pelo banco central devedor, ao banco central credor, em decorrência dos pagamentos comerciais efetuados entre suas instituições bancárias supervisionadas;
- **reembolso:** aceitação irrevogável dos débitos que forem efetuados pelos bancos centrais contrapartes, em razão das operações cursadas, de acordo com as regras do Convênio.

A estrutura do Convênio, entretanto, leva os bancos centrais a assumirem riscos não afetos a uma autoridade monetária, quer no âmbito externo (risco país), quer internamente (risco bancário), sendo que cada banco central busca adotar medidas para minimizar esses riscos.⁵

O **risco político** decorre de que algum acontecimento ou evento de natureza institucional, no país do importador, impeça seu banco central (BCM) de reembolsar o banco central do país exportador (BCX). Esses acontecimentos podem ser restrições à transferência de divisas, motivos políticos de força maior, como guerra ou revolução, intervenção política, como embargo às importações ou exportações. Os bancos centrais credores no CCR assumem o risco de os demais bancos centrais não efetuarem o pagamento na compensação quadrimestral.

O **risco bancário** decorre de eventuais problemas com a instituição autorizada que o importador utilize para efetivar a transação, decorrentes da incapacidade dessa instituição de cumprir as exigências contratuais, devido à

⁵ Por exemplo, no Brasil, foram editadas a Circular nº 2.982, de 10 de maio de 2000; a Circular nº 3.160, de 30 de outubro de 2002; a Circular nº 3.211, de 4 de dezembro de 2003; e a Medida Provisória nº 142, promulgada, em 4 de março de 2004, como Lei nº 10.844.

situação de insolvência ou falência. No caso brasileiro, a partir de 2004, a Lei nº 10.844, de 4 de março de 2014, concedeu ao Banco Central o *status* de credor privilegiado: seus créditos junto à instituição financeira credenciada a operar no CCR não são alcançados pela decretação de intervenção, liquidação judicial ou falência.

Outra maneira de ver esses riscos é sob a ótica do exportador, que fica protegido dos seguintes tipos de inadimplência:

- **inadimplência por parte do importador (M):** se este não honrar seus compromissos, a instituição financeira do importador (IFM) terá de assumir os encargos, fazendo o pagamento a seu banco central (BCM) e, este, ao banco central do exportador (BCX). Este, por sua vez, pagará a instituição autorizada e esta ao exportador;
- **inadimplência pelo banco comercial do importador (IFM):** neste caso, é o banco central desse banco inadimplente (BCM) que pagará o valor da transação, ao banco central do país do exportador (BCX), e o resto da operação segue em frente;
- **inadimplência da parte do banco central do país do importador (BCM):** neste caso, é o banco central do país do exportador (BCX) que ficará com o prejuízo.

Existe controvérsia sobre se é papel dos bancos centrais a operação de sistema de pagamentos que envolve concessão de crédito relacionada a comércio exterior, expondo a autoridade monetária aos riscos descritos.

Por um lado, ao longo do tempo, o CCR perdeu relevância na liquidação das transações comerciais, em decorrência da maior sofisticação das instituições financeiras internacionais e dos instrumentos financeiros, do avanço tecnológico, da maior liquidez internacional, do processo de liberalização dos fluxos de capitais e do próprio crescimento do comércio⁶. Tais circunstâncias propiciaram novos horizontes aos agentes de comércio exterior, possibilitando-lhes abrir mão dos procedimentos burocráticos e das restrições do mecanismo, tais como limites operacionais impostos aos bancos intervenientes nas operações e utilização de instrumentos específicos de crédito. Essas restrições eram destinadas a reduzir os riscos para os bancos centrais.

6 Restrições cambiais, por outro lado, aumentam a utilização do Convênio. Não é por outra razão que, nos últimos anos, a Venezuela apresenta-se como o mais importante usuário do CCR.

Ressalte-se que o avanço tecnológico tornou possíveis soluções para pagamentos e liquidações internacionais, com liquidação pagamento por pagamento, ligadas aos sistemas de liquidação em tempo real das moedas em questão, tais como o sistema TARGET 2 no âmbito da União Europeia ou *Continuous Linked Settlement* (CLS), que possibilitam a liquidação de transações de câmbio multimoedas e, ao mesmo tempo, mitigam o risco envolvido.

Os que argumentam a favor de sua manutenção nos bancos centrais mencionam que esses bancos, mormente aqueles com função de supervisão dos bancos comerciais, encontram-se em posição privilegiada para conhecer o risco de seu sistema bancário e, dessa maneira, autorizar linhas de crédito, de acordo com o patrimônio de cada instituição financeira/banco comercial. As garantias basilares do Convênio reduziram o risco político – os bancos centrais consideram essa dívida preferencial e de curto prazo – e, portanto, não passível de inclusão no Clube de Paris (independentemente do prazo da operação original, o crédito implícito no CCR é de quatro meses, prazo entre compensações). Menciona-se também que as dívidas sempre foram honradas, apesar da eventual existência de mora.

O argumento contrário ressalta que existe um subsídio implícito nas operações e que tal custo deve ser explicitado. Além disso, que essa natureza de risco – político – não deve ser assumida por bancos centrais. O fato de os pagamentos terem sempre sido honrados não implica não existência de risco, e este deveria estar precificado e claramente explicitado.

Alguns fatos ilustram a afirmação. O caso mais recente foi a ameaça do Equador de não honrar os pagamentos relativos à construção da hidroelétrica de San Francisco, em 2008. A ameaça não se concretizou, e o pagamento foi efetuado. De maneira muito resumida, uma empresa brasileira realizou investimento no setor elétrico equatoriano juntamente com uma estatal equatoriana. A hidroelétrica parou de funcionar por motivos estruturais. Em novembro de 2008, a empresa equatoriana ingressou com pedido de arbitragem, na Câmara de Comércio Internacional (CCI), questionando a legalidade da dívida contraída com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), com a pretensão de não pagar o empréstimo realizado. O caso teve repercussão diplomática, com a convocação do embaixador brasileiro, naquele país, para voltar ao Brasil. Notícia

publicada no Valor *Online*”, em 2011⁷, dá conta de que o BNDES saiu vitorioso no entendimento da Câmara de Comércio Internacional (CCI), corte arbitral cuja decisão foi emitida, em caráter definitivo, sem direito a recurso.

Mencione-se como comprovação da utilização do CCR como cooperação financeira de liquidez que, em 1º de junho de 2009, como medida para enfrentar a crise financeira internacional, o limite bilateral de crédito, entre Brasil e Argentina no CCR foi ampliado de US\$120 milhões para US\$1,5 bilhão. Entretanto, somente em 2011 (US\$133 milhões) e em 2012 (US\$400 milhões), os créditos do Brasil com aquele país não seriam cobertos pelo valor anterior.

Quais são os fatos?

1. A operação de sistemas de pagamentos pode não ser feita por bancos centrais, mas seu funcionamento, sem interrupções ou problemas, é preocupação diária dos bancos centrais, por seu potencial de originar crises sistêmicas e corrida a bancos.
2. As operações do CCR diminuíram de relevância devido aos desenvolvimentos apresentados acima, por limites e outras medidas para reduzir o risco pelos bancos centrais, pela abundância relativa de moeda forte na região. O fato é que hoje somente significam menos de 2,8% das importações intrarregionais (ALADI, 2015).
3. Além de a questão filosófica desse tipo de operação ser ou não função de bancos centrais, a oposição dos bancos centrais à assunção de riscos está também relacionada a sua responsabilização por eventuais inadimplências, pelos órgãos de controle de cada país, independentemente de sua participação na contratação.

3.2 O Acordo de São Domingos e o Programa Automático de Pagamentos

O crédito implícito no mecanismo do CCR sempre foi considerado de curtíssimo prazo – período intracompenção de quatro meses –, de forma que, se algum banco central não pudesse honrar seus pagamentos, poderia acionar

⁷ Disponível em <<http://jornalggn.com.br/blog/paulo-cezar/bndes-vence-disputa-internacional-com-o-equador>>. Acesso em: 5 set. 2015.

outro mecanismo financeiro, o chamado Acordo de São Domingos, subscrito, ainda em 1969, pelos países convenientes do CCR. O objetivo básico do Acordo era atender, com fundos originários dos bancos centrais, situações transitórias de iliquidez que os impedissem eventualmente de participar nas compensações de CCR. Posteriormente, a partir de 1981, os objetivos do Acordo de São Domingos foram ampliados. Além do objetivo básico, foi adotado um mecanismo para apoiar os bancos centrais em dificuldade de balanço de pagamentos e outro mecanismo para atender a situações de iliquidez provocadas por catástrofes naturais. Fortaleceu-se, portanto, a característica do acordo como arranjo financeiro regional (RFA), comparável aos estudados no trabalho do FMI (2013).

O referido acordo foi suspenso em 1984, no auge da crise da dívida latino-americana, por total impossibilidade de funcionamento, devido à iliquidez enfrentada pelos bancos centrais da região (LOSADA, 1987, p. 13-17), estima que os recursos disponíveis somente eram relevantes para países pequenos, como Bolívia, Equador e República Dominicana, e o montante máximo de crédito utilizado, em 1983, foi de US\$290,7 milhões.

Posteriormente, já na década de 90, foi instituído o Programa Automático de Pagamentos (PAP) dentro do mecanismo do CCR. Pelo PAP, o pagamento dos saldos devedores de bancos centrais com problemas foi adiado por um período quadrimestral adicional, devendo os saldos ser pagos em quatro parcelas iguais e consecutivas, ao final de cada mês, e sobre os quais incide a mesma taxa de juros das operações normais. Esse programa pode ser utilizado no máximo duas vezes, no prazo de dois anos. Tal mecanismo aumenta o grau de multilateralização do financiamento, uma vez que divide o ônus por todos os países credores de determinada compensação. Antes desse mecanismo, o banco central que não honrasse o resultado da compensação deveria negociar bilateralmente com cada banco central seu credor. Com o PAP, portanto, o CCR tem sua vertente de crédito fortalecida, uma vez que, no caso de um país deixar de honrar algum pagamento por ocasião da compensação multilateral quadrimestral, o Convênio determina o acionamento automático do Programa.

3.3 Gaúcho, o Fundo de Reservas Brasil-Argentina, e outras iniciativas

Durante a crise da dívida latino-americana dos anos 80, segundo Rocha e Silva (1988a), uma prática vinha se generalizando entre os países membros do Convênio de Créditos Recíprocos, qual seja, a de financiamento dos saldos resultantes da compensação quadrimestral, por fora do mecanismo, provavelmente devido à suspensão do Acordo de São Domingos. Acordos bilaterais eram firmados entre os bancos centrais, na prática, uma operação de curto prazo, típica de mesa de câmbio, não se constituindo propriamente em empréstimo, de acordo com a filosofia de que os bancos centrais da região deviam se privilegiar mutuamente.

Com inspiração nessa prática, os governos de Brasil e Argentina, no marco do Acordo de 1985 – Declaração de Iguazu⁸ –, decidiram instituir um mecanismo de financiamento recíproco para os saldos devedores, registrados nas compensações quadrimestrais, inicialmente fixado em US\$200 milhões (Protocolo nº 6). Posteriormente, foi elevado para US\$400 milhões.

Na prática, o mecanismo funcionaria da seguinte forma: a compensação seria realizada normalmente, informando-se o saldo correto, entre os países, ao banco agente do CCR. No dia seguinte da compensação, o banco credor realizaria um depósito no banco devedor, que significaria zerar o *deficit*, no período. O devedor emitiria um certificado de depósito, que seria lançado, na conta do perdedor, no final do período – portanto, um depósito de 120 dias. O depósito efetuado pelo banco central credor seria realizado normalmente em dólares livres.

Ainda conforme descreve Rocha e Silva (1988a), a partir desse acordo, explorou-se a possibilidade de constituir um fundo de reservas comum e uma unidade monetária, denominada “Gaúcho”. Em resumo, o gaúcho se constituiria em uma moeda escritural, e sua utilização, no comércio bilateral, dar-se-ia inicialmente dentro do limite de 200 milhões de unidades. A emissão dessa nova moeda ficaria a cargo de um Fundo de Reservas Brasil-Argentina, cuja administração seria efetuada pelos bancos centrais dos dois países, estando

8 A Declaração do Iguazu foi um tratado celebrado em 30 de novembro de 1985, em Foz de Iguazu, Brasil, pelos presidentes de Argentina e Brasil, Raúl Alfonsín e José Sarney, respectivamente, com o qual se lançou a ideia da integração econômica e do Cone Sul. Ambos os países acabavam de sair de um período ditatorial e enfrentavam a necessidade de reorientar sua economia e fortalecer os governos democráticos.

aberta a possibilidade de o Fundo vir a movimentar contas de outros bancos centrais, bancos comerciais e organismos internacionais.

Algumas outras iniciativas foram discutidas nesse período da crise da dívida latino-americana da década de 80, buscando contornar a escassez extrema de divisas, já que o crédito à região estava cortado, e as reservas internacionais, esgotadas. Nesse período, foram discutidas a criação de uma Unidade Monetária Latino-Americana (UMLA) e mecanismos de dinamização da dívida intralatino-americana (ROCHA e SILVA, 1988a, 1988b, 1989). Na década de 90, iniciou-se a normalização dos fluxos internacionais para essa região, no caso do Brasil, com a finalização do acordo de renegociação da dívida externa brasileira – e esse tipo de discussão deixou de ser relevante, ou seja, deixou de ocupar a agenda dos dirigentes de banco centrais.

No início da década de 90, o comércio intrarregional da América Latina havia se recuperado rapidamente. Vários fatores concorreram para esse *boom* comercial, mas o equacionamento da questão da dívida externa foi primordial. Localizam-se, assim, as primeiras discussões sobre a obrigatoriedade de o comércio regional ser cursado em dólares norte-americanos (NOBRE e ROCHA e SILVA, 1993) e da possibilidade de utilização de moedas locais.

3.4 Sistema de Pagamentos em Moeda Local Brasil-Argentina

Os termos “internacionalização do real”, “convertibilidade do real”, “abertura da conta de capitais brasileira” e “real como moeda de reserva internacional”, muitas vezes, têm sido utilizados quase como sinônimos. Essas categorias estão vinculadas às funções da moeda, pois, da mesma maneira que no âmbito doméstico, uma moeda pode ser utilizada no âmbito internacional – desde que tenha aceitação – como meio de troca, reserva de valor e/ou unidade de conta, conforme mencionado, no início deste artigo. A utilização do real como moeda de registro (*invoicing*) de comércio exterior (uso privado), ou ainda como unidade de conta, como no caso do Sistema de Pagamentos em Moeda Local (SML), é apenas uma das várias possíveis utilizações do real em transações internacionais.

Em 3 de outubro de 2008, iniciaram-se as operações do SML para pagamentos do comércio exterior, realizado entre Brasil e Argentina. A nova possibilidade de utilização de moedas locais para o pagamento das transações comerciais, entre Brasil e Argentina, resultou de iniciativa tomada pelos bancos centrais envolvidos, uma vez que tal utilização certamente não seria viável, se levadas em conta somente as condições dos mercados internacionais de câmbio e de pagamentos das duas economias e de suas respectivas moedas.

As discussões acerca do desenvolvimento de um canal de fácil liquidação das transações comerciais em moeda local, entre Brasil e Argentina, tiveram origem em 2005, no reconhecimento da relevância do fluxo de comércio bilateral. Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), em 2007 e 2008, a Argentina foi o segundo maior destino de exportações brasileiras, sendo a quase totalidade das operações liquidadas em dólares americanos. Na oportunidade, verificou-se também a indisponibilidade de instrumentos financeiros de baixo custo para transações peso/real além de dificuldades e custos associados à liquidação de transações em moeda local.

A proposta de desenvolvimento de um mecanismo de liquidação com uso das moedas nacionais teve como inspiração o processo de integração europeu. De fato, o estabelecimento de uma cotação entre as moedas regionais, uma das bases do funcionamento do SML, constituiu um dos primeiros passos na integração europeia. Nos processos de integração regional, a disponibilidade de uma infraestrutura que possibilite a ocorrência de transações comerciais por custos mínimos é fator primordial para seu sucesso.

Depois de registrar crescimento no valor total das operações até 2012, o valor das exportações brasileiras por meio do SML estacionou em valores ligeiramente acima de R\$2 bilhões. O número de transações continuou crescendo, o que nos leva a inferir que o valor médio das transações reduziu-se, possivelmente beneficiando operadores que teriam dificuldade de operar no mercado de câmbio. A intensão das empresas argentinas de se beneficiarem da possibilidade de exportar em pesos não teve êxito, tendo atingido em 2014 valor semelhante ao do início da operação do mecanismo.

As negociações para incluir novos tipos de transações no SML, especialmente aposentadorias e pequenas remessas (até o equivalente a US\$3 mil), foram

iniciadas ainda em 2009. A possibilidade de pagamento de aposentadorias foi finalmente aprovada em junho de 2014⁹.

As negociações com o Banco Central da República do Uruguai iniciaram-se em 2009 com assinatura de Memorando de Entendimento e posterior envio ao Congresso de Projeto de Lei para criação de linha de crédito de contingência. A aprovação da linha de crédito no valor de US\$40 milhões, por meio da Lei nº 12.822, de 5 de junho de 2013, possibilitou que as negociações para o estabelecimento de um SML com o Uruguai fossem finalizadas com a publicação do Regulamento, com vigência a partir de 1º de dezembro de 2015¹⁰.

O SML com o Uruguai inclui alguns aperfeiçoamentos decorrentes da experiência de operação com a Argentina. Ressalte-se a possibilidade de que tanto as exportações quanto as importações sejam denominadas na moeda de cada país. Em termos práticos, o importador brasileiro poderá importar do Uruguai em reais, o que não é possível no sistema com a Argentina. O mecanismo já incorpora também a possibilidade de pagamento de aposentadorias e pensões, somente permitido no caso argentino, posteriormente a sua criação, assim como o pagamento de alguns serviços não relacionados diretamente ao comércio, desde que não sejam serviços financeiros.

O sítio eletrônico do Banco Central, consultado em 20 de agosto de 2015, não apresenta nenhuma informação sobre as estatísticas iniciais de funcionamento, provavelmente porque o sistema encontra-se em fase muito inicial, não se justificando a divulgação de estatísticas.

Em relação aos BRICS, em 2009, foram realizadas conversas entre o Banco Central do Brasil e o Banco Central da China, Índia e Rússia. A China respondeu que tinha o objetivo de adotar medidas mais amplas e de mercado para utilização de moeda local, em transações internacionais. No caso da Índia, houve uma conversa inicial, mas o comércio entre os países tem forte componente de *commodities*, que não se coaduna com o SML. Analogamente, com a Rússia também não houve sucesso.

9 Circular BCB nº 3.707, de 16 de junho de 2014.

10 Circular nº 3.734, de 26 de novembro de 2014.

3.4.1 Alterações no arcabouço legal para operações em moeda local no sistema bancário brasileiro

Anteriormente às medidas tomadas para viabilizar o SML, no Brasil, a própria legislação cambial impunha obstáculos à maior utilização da moeda nacional nas transações de comércio exterior. Originadas em um período de necessidade de obtenção de divisas para fazer frente a problemas de balanço de pagamentos, as normas, então vigentes, buscavam incentivar a entrada de moeda conversível, por meio de rigorosos controles sobre as operações cambiais. Adicionalmente, o cenário de elevadas taxas de inflação resultara na perda das funções da moeda de reserva de valor, inviabilizando sua utilização para os pagamentos de operações de maior prazo, características do comércio internacional. Com a melhora dos fundamentos da economia e a redução da vulnerabilidade externa, a moeda nacional passou a cumprir com as funções clássicas da moeda. Isso possibilitou o início de um processo de modificação na sua legislação e regulamentação cambiais e de comércio exterior, visando a desburocratizar os procedimentos e reduzir os custos de transação. A primeira medida foi a permissão pela Câmara de Comércio Exterior de Exportações em Reais (CARVALHO, 2008).

Quando houve concretização do SML, o Banco Central do Brasil, por meio da Área de Assuntos Internacionais, propôs o estabelecimento de uma base legal que possibilitasse transações em reais, por qualquer canal, ou seja, diretamente pelos bancos comerciais ou especificamente pelo SML.

A Lei nº 11.803, de 5 de novembro de 2008, permitiu, aos bancos autorizados a operar no mercado de câmbio, dar cumprimento a ordens de pagamento em reais, recebidas do exterior, mediante a utilização de recursos em moeda nacional, mantidos em contas de depósito de titularidade de instituições bancárias, domiciliadas ou com sede no exterior. Amparado na referida Lei, o CMN editou a Resolução nº 3.657, de 2008, tornando possível a existência de correspondentes bancários no Brasil, em moeda nacional, de bancos do exterior, com a mesma função desempenhada pelos correspondentes no exterior de bancos brasileiros, para execução de ordem de pagamento em moeda estrangeira. Assim, o residente no exterior que necessite efetivar pagamentos em reais no Brasil, a qualquer título, pode adquiri-los diretamente no exterior de bancos que mantenham conta em reais no Brasil, determinando ao banco depositário o débito de sua conta em reais para

entrega ao beneficiário no país. A mesma resolução eliminou, por sua vez, a restrição de recebimento, em reais, de receita de exportação registrada em moeda estrangeira.

Essa possibilidade de utilização do real para operações entre residentes e não residentes veio se somar às operações de débito e créditos em contas em reais mantidas por não residentes, pessoas físicas e jurídicas em estabelecimentos bancários no país e ao uso de papel moeda, principalmente na América do Sul.

Em suma, hoje em dia existe a possibilidade de exportar em reais, independentemente da utilização de um sistema de liquidação do tipo SML. A ocorrência desse tipo de operação dependerá de mais divulgação de sua possibilidade e da existência de bancos comerciais que se interessem em manter posições nas moedas dos vários países.

3.5 Acordos de *swap*

3.5.1 *Federal Reserve*

Acordos de *swap* de moedas são mais comuns entre o *Federal Reserve* (Fed) e outros bancos centrais, uma vez que o dólar é a moeda mais utilizada em transações internacionais. Com a internacionalização de outras moedas, como o euro e, recentemente, o yuan, os acordos nessas moedas vêm aumentando em número.

Durante a crise financeira internacional, iniciada em 2007, em que houve congelamento dos mercados interbancários devido à falta de confiança entre seus *players*, o Fed celebrou esse tipo de acordo em dezembro de 2007, com o Banco Central Europeu e com o Banco Nacional da Suíça. Por sua vez, em 2008, com o agravamento da crise, o Fed aumentou o valor das linhas existentes e firmou acordos com o Banco do Japão, o Banco do Canadá e o Banco da Inglaterra. Seguiram-se a esses, acordos com os Bancos Centrais da Escandinávia, Austrália e Nova Zelândia, e, em 29 de outubro, o Fed expandiu as linhas para quatro bancos centrais, que enfrentavam dificuldades devido à contração das linhas de crédito externo, a saber, Brasil¹¹, Cingapura, Coreia do Sul e México. A linha com o Brasil,

11 O CMN regulamentou a realização de acordo de *swap* temporário de moedas, entre o Banco Central do Brasil e o *Federal Reserve System*, no valor de US\$30 bilhões. Para tanto, foram editadas as Resoluções nº 3.631, de 30 de outubro de 2008, e nº 3.707, de 8 de abril de 2009, que definem valores, prazos e condições operacionais para celebração do contrato.

no valor de até US\$30 bilhões, expirou sem ter sido necessária sua utilização. No auge da crise, o Fed teve acordo com quatorze bancos centrais.

Quadro 1 – Acordos de Swap – Federal Reserve (vigentes em abril 2015)

Instituição	Montante US milhões	Em uso
Banco do Canadá	2.000	0
Banco do México (Fed)	3.000	0
Banco do México (Tesouro) *	3.000	0
Banco Central Europeu *	Sem limite	407
Banco Nacional da Suíça *	Sem limite	0
Banco do Japão *	Sem limite	0
Banco da Inglaterra *	Sem limite	0

*Acordos temporários na data de referência. Acordos com Banco do Canadá, Banco da Inglaterra, Banco Central Europeu, Banco Nacional da Suíça, conforme anunciado em 31 de outubro de 2013, foram renovados por tempo indefinido.

Fonte: *Federal Reserve of New York* (2015)

As linhas com o Banco Central Europeu, o Banco do Japão, o Banco do Canadá, o Banco da Inglaterra e o Banco Nacional da Suíça, que expirariam em fevereiro de 2014, foram renovadas por tempo indeterminado, em outubro de 2013, e assim permanecem. A extensão teve o objetivo de reduzir dúvidas sobre se seriam renovadas e se, havendo a renovação, seriam erroneamente interpretadas como sinal de que algum país ou banco central estivesse enfrentando problemas.

3.5.2 Banco Central da Argentina

De natureza semelhante, foi discutido um acordo de *swap* de moeda, entre Brasil e Argentina, que nunca foi totalmente efetivado. Apesar do fracasso na assinatura, a experiência é relevante para as lições aprendidas na negociação. Em abril de 2009, o presidente da República visitou a Argentina e acordou, com a presidente daquele país, o estabelecimento de um acordo de *swap*. O Ministério da Fazenda, do Brasil, e o da Economia, da Argentina, passaram a negociar o acordo marco com as condições gerais, pois o acordo de *swap*, em si, é atribuição dos bancos centrais¹². O propósito expresso era de, preventivamente,

¹² Na oportunidade do acordo de *swap* com os Estados Unidos da América, a Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009, resultante da conversão da Medida Provisória nº 443, de 21 de outubro de 2008, autorizou o Banco Central do Brasil a efetuar operações de *swap* de moedas com bancos centrais de outros países, nos limites e condições fixados pelo CMN.

estabelecerem-se as condições necessárias ao enfrentamento da crise financeira internacional, na linha das discussões havidas no G-20, bem como fortalecer as condições de estabilidade financeira, em ambos os países.

O montante negociado era de até R\$3,5 bilhões, em contrapartida, ao equivalente, cerca de P\$6,6 bilhões, com vigência de um ano, podendo ser prorrogado uma vez, pelo mesmo período, por acordo entre os bancos centrais¹³. A mesma taxa de câmbio aplica-se às operações de compra e venda presente e de revenda e recompra futura, de maneira que se evite o risco de câmbio para o banco central credor, e *vice-versa* com os pesos argentinos recebidos pelo BCB. O custo de utilização das linhas teria, como base, as taxas de mercado do país da moeda utilizada.

Os detalhes operacionais ficaram para ser definidos em contrato a ser firmado entre o Banco Central do Brasil e o Banco Central da República Argentina (BCRA), tais como, remuneração dos valores depositados nas contas, forma de utilização dos valores depositados em decorrência do *swap* de moedas e, eventualmente, cláusula de *set off*, segundo a qual, em caso de inadimplemento de obrigações, a parte credora estará autorizada a debitar, em conta de depósito nela mantida pela parte devedora, o valor da obrigação vencida, acrescida dos encargos pactuados.

Negociações ocorreram entre as duas instituições, entre maio e agosto de 2009, sobre montante máximo de saques na linha, utilização dos recursos para comprar dólares no mercado local, valor máximo de cada tranche sacada (R\$300 milhões semanais), compatível com o tamanho do mercado de câmbio brasileiro e argentino. Inicialmente, a iniciativa foi anunciada como uma modalidade para fortalecer o uso de moedas locais, no comércio entre os dois países. Tendo em vista a preocupação da parte brasileira com eventual inadimplência da outra parte, foram discutidas garantias do tipo *set off* (compensação com outros créditos) e constituição de uma *escrow account* (conta-garantia). Nenhuma dessas possibilidades, entretanto, permitiria à Argentina registrar os montantes em suas reservas internacionais. Não houve acordo sobre as condições, principalmente pelo fato de a Argentina pretender trocar pesos por dólar, e não por moedas

13 Os valores em reais recebidos pelo BCRA seriam creditados em conta especial de depósito aberta, em seu nome, no BCB, nos termos do art. 7º da Lei nº 11.803, de 2008.

locais, e o Brasil não concordou¹⁴: “Os argentinos querem levar dólares do Brasil, e não reais. É isso que está por trás da engenharia financeira do chamado swap de moedas em negociação entre os dois países. O Brasil está preocupado com o risco Argentina e quer se garantir contra o risco de inadimplência”. Os acordos de *swap* geralmente trocam as moedas próprias de cada banco central, e não de um terceiro país.

Conclusão

O fortalecimento da cooperação financeira entre bancos centrais por meio de arranjos financeiros regionais (RFAs) ou mais gerais é uma tendência internacional, reconhecida pelo Grupo dos Vinte (G-20) e pelo FMI. Tais arranjos podem ser considerados uma opção para facilitar o funcionamento do sistema monetário internacional, no que concerne à prevenção e à resolução de crises financeiras internacionais, tendo em vista que os recursos do FMI, a acumulação de reservas internacionais e a correção de rumo da política econômica doméstica não são suficientes para acompanhar o crescimento dos fluxos.

Adicionalmente, quais as lições apreendidas da experiência brasileira de cooperação financeira anteriores às iniciativas dos países BRICS e China?

- Todas as iniciativas brasileiras estavam associadas a processos de integração regional – Aladi e Mercosul.
- As iniciativas podem ser afetadas negativamente quando não existe algum grau de coordenação de políticas econômicas.
- A relevância dos arranjos depende de seu montante (em relação ao PIB ou às quotas do FMI) e de sua inserção na estratégia de política internacional dos países. No caso do *swap* com o Fed por ocasião da crise financeira internacional, seu montante foi suficiente para demonstrar segurança, e não houve necessidade de sua utilização pelo Brasil.
- Quando dependem da disponibilidade financeira no momento da crise, os arranjos podem não funcionar: é mais garantido quando os montantes a serem utilizados estão previamente apartados em um fundo de reservas. Podemos

¹⁴ Notícia de Alex Ribeiro, publicada no Jornal Valor Econômico, de 25/8/2009: Argentina quer dólares, e não reais, do Brasil.

contrastar as experiências como no FLAR – capital subscrito e integralizado – e a do acordo de São Domingos, que foi finalizado pela indisponibilidade de recursos dos bancos centrais por conta da crise da dívida latino-americana.

- Iniciativas que envolvem muita burocracia perdem importância, quando do amadurecimento do sistema bancário comercial, como no caso do CCR.
- A discussão sobre alocação dos diversos riscos envolvidos – político, crédito, mercado e outros – pode ser bem complexa, assim como a discussão sobre garantias concretas ou de correções de rumo de política econômica. O caso principal é o *swap* com Argentina, que não se concretizou.

Referências

ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA DE INTEGRAÇÃO (ALADI).

Convênio d Pagos y Creditos Reciprococ: Cooperación Monetaria y Financiera em la Aladi. Montevideo: marzo de 2014. Disponível em <[http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitect.nsf/documentos/\\$file/Cooperacion%20Financiera%20y%20Monetaria%20en%20la%20ALADI%20-%20marzo%202014.pdf](http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitect.nsf/documentos/$file/Cooperacion%20Financiera%20y%20Monetaria%20en%20la%20ALADI%20-%20marzo%202014.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

ASSOCIAÇÃO LATINO AMERICANA DE INTEGRAÇÃO –ALADI.

Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos: Evaluación del funcionamiento del Sistema de Pagos de la Aladi em el año 2014. Montevideu, mar 2015. Montevideu, Marzo de 2015, p. 14 -20. Disponível em <<http://www.aladi.org/SitioAladi/documentos/ConvenioDePagos/Evaluacion2014.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

ARRAES, Maria Celina. **Sistemas de Pagamentos em Moedas Locais.** Revista de Conjuntura Conselho Regional de Economia DF. Ano XIV nº 54 setembro/ dezembro de 2014, p. 31 a 36.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Relatório de Administração 2012.**

Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/Pre/Surel/RelAdmBC/2012/relatorio-de-atividades/insercao-internacional/integracao-financiera-e-monetaria-internacional.html>>. Acesso em: 10 de março ce 2014.

_____. Banco Central do Brasil. **Relatório de Administração 2014**. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/Pre/Surel/RelAdmBC/2014/insercao-internacional.html>. Acesso em: 4 set. 2015.

_____. Banco Central do Brasil. **Sistema de Pagamento em Moeda Local – Estatísticas**. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/?SMLESTATARS>. Acesso em: 20 ago. 2015.

CARVALHO, Danilo Takasaki. **Sistema de Pagamentos em Moeda Local: aspectos jurídicos da nova alternativa de remessa de valores entre Brasil e Argentina**. Brasília: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, vol. 2, nº 2 p. 199-224, dez. 2008.

EICHENGREEN, B. **Regional Financial Arrangements and the International Monetary Fund**. **ADB Working Paper 394**. Tokyo: Asian Development Bank Institute, 2012. Available: <http://www.adbi.org/working-paper/2012/11/06/5328.regional.financial.arrangements.imf/>.

ESTADOS UNIDOS. Federal Reserve of New York. **Treasury and Federal Reserve Foreign Exchange Operations**. New York, April-June 2015, p. 13. Disponível em <http://www.newyorkfed.org/newsevents/news/markets/2015/fixq215.pdf>. Acesso em: 5 set. 2015.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Casoteca Direito GV – 2011**. As implicações de um investimento brasileiro no setor hidrelétrico equatoriano. Carina Costa de Oliveira (Coord.) e Nitish Monebhurrun. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/casoteca>. Acesso em: maio 2014.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Stocktaking the Fund's Engagement with Regional Financing Arrangements**. Washington, April 11, 2013. Disponível em <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2013/041113b.pdf>. Acesso em: 31 maio 2014.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Communiqué**, October 2010. Disponível em <http://www.imf.org/external/np/cm/2010/100910.htm>. Acesso em: 4 set. 2015.

GARCIA-HERRERA, Alicia e XIA, Le Xia. **China's RMB Bilateral Swap Agreements: What explain the choice of countries?** BBVA Research Working

Paper Number 12/06. Hong-Kong: BBVA April 2013. Disponível em <<https://www.cb.cityu.edu.hk/ef/doc/Conference%20on%20Renminbi%20and%20the%20Global%20Economy/papers/Alicia%20Garcia%20Herrero.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2015.

KAWAI, Masahiro and LOMBARDI, Domenico. **Financial Regionalism. Finance and Development**. Washington: International Monetary Fundo September 2012, p. 23-25.

LOSADA, José Luis Suárez. **Los Esquemas Regionales de Cooperacion Financiera y Monetaria en America Latina y el Caribe: análisis y perspectivas**. Centro de Estudios Monetários Latinoamericanos – CEMLA. Serie Cuadernos de Investigacion, n. 23. Cidade do México, 1987, p. 3 (mimeo).

NOBRE, Gilberto; ROCHA E SILVA, Olavo Cesar. **Expansão do Comércio Regional: o fim de um mito**. Revista da ADEVAL Associação das Empresas Distribuidoras de Valores. São Paulo: Ano XXIII, nº 275. Outubro de 1993, p. 15-17.

OCAMPO, Jose Antonio. **Regional Financial Cooperation: Experiences and Challenges**. In: **Regional Financial Cooperation**. Washington: United Nations, Economic commission for Latin America and the Caribbean e Brookings Institution Press. 2006.

OCAMPO, Jose Antonio; TITELMAN, Daniel. **Regional Monetary Cooperation in Latin America**. ADBI Working Paper 373. Tokyo: Asian Development Bank Institute, August 2012. Acesso em: 4 jan. 2014.

REIIS, Daniel Gersten. **Concessão de crédito entre bancos centrais no âmbito do Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos**. Dissertação de conclusão de curso apresentada para obtenção do grau de Mestre em Economia na Universidade de Brasília. Orientador Paulo Springer Freitas. Brasília: 2010. Disponível em <https://mpr.ub.uni-muenchen.de/41322/1/MPRA_paper_41322.pdf>. Acesso em: 5 set. 2015.

ROCHA e SILVA, Olavo Cesar. **El Camino Hacia una Moneda Regional**. Revista Latinoamericana de Integracion. Buenos Aires: BID/INTAL año 13, n. 139, octubre 1988 p. 3-11.

ROCHA e SILVA, Olavo C. **Una propuesta de cooperación financiera regional basada em la deuda intralatinoamericana.** Revista Latinoamericana de Integración. Buenos Aires: BID/INTAL año 14, n.145, mayo 1989, p. 33-39.

ROCHA e SILVA, Olavo C. **Cooperación Monetaria y Financiera entre los Bancos Centrales de América Latina Y del Caribe.** Boletín. Cidade do México: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, Vol XXXIV, n.1, enero/ febrero de 1988, p. 4-9.

SOLOMON, Robert. **The International Monetary System: 1945-1976: An Insider View.** Nova Iorque: Harper & Row, 1977.

YAMAGUCHI, Erika Ferreira. **Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos: sua evolução e importância para o comércio do Brasil com a ALADI.** Universidade Estadual de Campinas. Monografia de final de curso de graduação. Professor orientador Dr. Fernando Sarti. Campinas, 2004. Disponível em <www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=000318693>. Acesso em: 5 set. 2015.

O Estado Regulador e a Ascensão da Atuação Administrativa Preventiva

Humberto Cestaro Teixeira Mendes*

Introdução – Do Estado Liberal ao Estado Regulador e a exigência de nova postura administrativa. 1 A atuação preventiva: noção teórica. 2 Da relevância da atuação preventiva no atual panorama jurídico-administrativo. 3 A atuação preventiva prudencial do Banco Central do Brasil. Conclusão.

Resumo

Analisa a atuação preventiva pela Administração Pública, notadamente, a adoção de medidas administrativas que busquem o afastamento de riscos e infrações e que atendam ao interesse público. O trabalho relata a pertinência dessa tutela no âmbito do Estado Regulador e ilustra a utilidade das medidas preventivas, expondo a atuação e o tratamento da matéria pelo Banco Central do Brasil.

Palavras-chave: Estado regulador. Atuação preventiva. Interesse público. Banco Central do Brasil. Medidas prudenciais preventivas.

* Procurador do Banco Central do Brasil em Brasília. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Abstract

The work aims to analyze the preventive action of the Public Administration, namely, the adoption of administrative measures that may eliminate risks and infractions and attend the public interests. The paper exposes the relevance of such action in the Regulatory State and illustrates the utility of the preventive measures, through the action of the Brazilian Central Bank.

Keywords: Regulatory State. Preventive action. Public interest. Brazilian Central Bank. Preventive prudential measures.

Introdução – Do Estado Liberal ao Estado Regulador e a exigência de nova postura administrativa

A evolução do modelo político ocorrida em meados do século XX, na qual verificou-se a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, trouxe relevantes alterações no âmbito da atuação da Administração Pública. A nova ordem jurídica instalada naquele momento diversificou e intensificou o papel do administrador, por fomentar a intervenção estatal em setores que anteriormente eram reservados exclusivamente à atuação dos particulares.

No âmbito do Estado Liberal, havia uma perspectiva individualista do interesse público, que se refletia na garantia ou proteção eficaz dos interesses privados¹. Em outros termos, naquele momento, o administrador atuava para garantir a não perturbação dos direitos individuais.

A percepção do que seria interesse público no Estado Liberal é exposta com exatidão por Gabardo e Hachem (2010, p. 34), ao salientar que, naquele momento:

1 Em última instância, buscava-se afastar a atuação estatal absolutista anteriormente vigente.

O respeito ao interesse público estava na inexistência de obstáculos impostos pelo Poder Público ao exercício das liberdades, notadamente na esfera econômica, mas não só. A concepção liberal do interesse público refletia-se pela garantia dos interesses privados, ideia largamente difundida pela classe dominante. O interesse privado se colocava diante do interesse público, eis que o bem comum não era algo materialmente definido pelo Estado ou pela coletividade: ele estaria no livre desenvolvimento das vontades individuais, limitadas às fronteiras estabelecidas pela lei.

Por sua vez, no Estado Social, passa-se a exigir uma atuação administrativa mais prestadora, distributiva e ordenadora, de modo que se satisfizessem várias exigências e demandas coletivas e que se desfizessem distorções econômico-sociais, oriundas do individualismo liberal. Nesse sentido, Silva (2008, p. 115) bem relata essa transformação da postura estatal, senão vejamos a lição do autor:

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especificamente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social, conforme nota Lucas Verdú, que acrescenta: “Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”. Transforma-se em Estado Social de Direito, onde o “qualitativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”.

A partir desse momento, há uma exaltação do interesse público como reflexo do bem-estar coletivo, visto que a satisfação dos direitos e dos anseios da sociedade passa a ser o móvel da atuação estatal². Simultaneamente, verifica-se intensa atividade normativa, com o escopo de impor condutas aos administrados e, assim, alcançar ou resguardar o interesse público.

2 Sobre essa mudança de perspectiva, Di Pietro (1991, p. 157) bem elucida que “nesse tipo de concepção [própria do Estado Social], o **interesse público** identifica-se com a ideia de **bem-comum** e reveste-se, mais uma vez, de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano.”

Diante desse quadro, observa-se que, no primeiro momento do Estado Social, a atuação da Administração Pública é marcada pelo enriquecimento do seu poder sancionador, até mesmo para fazer frente aos potenciais descumprimentos dos comportamentos que passaram a ser exigidos normativamente dos administrados. Sobre o tema, Prates (2005, p. 37) elucida que o aumento da intervenção estatal e, conseqüentemente, da atividade administrativa foi preponderante para o desenvolvimento do poder administrativo sancionador, concluindo como se segue:

Dessa forma, a possibilidade de a Administração impor, por ela mesma e com império, sanções aos particulares com os quais não mantivesse nenhuma relação jurídica especial adquiriu densidade e se consolidou como verdadeiro poder administrativo, como mais uma das prerrogativas detidas pela Administração para serem utilizadas em favor da coletividade, à qual temos denominado *poder administrativo sancionador geral*.

Em contrapartida, observou-se no final do último século um forte sentimento de descrédito sobre a capacidade do Estado cumprir o seu papel de condutor do desenvolvimento social. Os administrados depararam-se com diversas mazelas, como ineficiência, burocracia, corrupção e carência de recursos para custear todos os investimentos demandados pela sociedade.

Com isso, inicia-se um movimento de recuo da atuação prestadora do Estado, acompanhado de crescente assunção de serviços públicos por particulares, com base no pensamento de que o setor privado teria maior capacidade de atender eficientemente às demandas coletivas.

No Brasil, tal processo é concretizado por meio de emendas constitucionais – em especial, as Emendas Constitucionais nº 5 e 8, de 15 de agosto de 1995, e a Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995 – que flexibilizaram monopólios estatais de prestação de determinadas atividades. No âmbito infraconstitucional, é válido destacar a edição da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Programa Nacional de Privatização, responsável por transferir à iniciativa privada determinadas atividades antes prestadas pelo Poder Público.

Surge, assim, o denominado Estado Regulador, no qual o Poder Público reduz significativamente a sua atuação como agente econômico direto ou empresário, para assumir o papel de disciplinador e fiscalizador das atividades transferidas ao particular. Nesse modelo estatal, tem-se a ascensão das denominadas agências

reguladoras, bem como uma forte expansão normativa, por meio da edição de regulamentos e regras com o escopo de conferir proteção aos administrados, em sua relação com os particulares prestadores dos serviços. Importante ressaltar que o Estado conserva o seu dever de garantir a prestação adequada dos serviços, uma vez que essas atividades mantêm o seu caráter público, ainda que prestadas por particulares.

É nesse último momento da ordem jurídico-administrativa, fortemente marcado pela atuação estatal indireta nos diversos setores econômicos e administrativos, que se torna oportuna e conveniente a adoção de uma postura mais coordenadora do que coercitiva pela Administração Pública.

Isso porque a adoção de medidas meramente repressivas, por parte de um Estado que, em diversos momentos, estará exercendo apenas o papel de supervisor ou coordenador, pode não tutelar adequadamente os interesses dos administrados, por não atingir, por exemplo, situações que exijam uma atuação célere do administrador ou o eficaz resguardo da estabilidade econômica, social ou administrativa.

Nesse contexto, abre-se espaço para a atuação preventiva do administrador, foco do presente trabalho, cujo principal objetivo é afastar as atividades ou os comportamentos que possam acarretar consequências nocivas à coletividade ou à ordem jurídico-administrativa, protegendo, assim, o interesse público.

1 A atuação preventiva: noção teórica

Para os fins do presente trabalho, entende-se como atuação preventiva a tutela administrativa cujo objetivo é impedir a ocorrência de infrações administrativas e danos à ordem jurídico-administrativa, conferindo efetividade ao papel legalmente atribuído aos entes da Administração Pública e, em última instância, satisfazendo os anseios da coletividade. Trata-se, portanto, de uma atuação administrativa fundada em um dever estatal e em um direito da coletividade: a garantia do interesse público.

Oportuno elucidar que a concepção de interesse público adotada neste trabalho é aquela que abrange “o interesse do todo, do conjunto social, [...] a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada

indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)” (MELLO, 2009, p. 182). Não se trata, portanto, dos interesses de cada indivíduo relativos às conveniências de sua vida particular – não ter a sua propriedade atingida por uma servidão administrativa, por exemplo –, mas sim dos interesses pessoais dos indivíduos considerados como integrantes de uma coletividade – que o Poder Público faça uso da servidão administrativa, quando necessário para a prestação de um serviço público, por exemplo.

Cabe acrescentar que a Administração Pública é apta, nos limites da lei, a delimitar ou condicionar o exercício de direitos individuais dos administrados, de modo que se tornem adequados ao bem-estar da coletividade. Os direitos são outorgados aos indivíduos pela Constituição Federal e pelas leis, em sintonia com os interesses e objetivos da sociedade que aqueles integram, cabendo ao administrador zelar por essa compatibilidade e pela satisfação do espírito normativo.

Nesse sentido, é pertinente transcrever a orientação de Di Pietro (2010, p. 97), ao defender o reconhecimento da supremacia do interesse público:

São inúmeras as hipóteses em que o direito individual cede diante do interesse público. E isso não ocorre por decisão única da Administração Pública. Ocorre porque a Constituição o permite, a legislação o disciplina e o direito administrativo o aplica. A proteção do interesse público, mesmo que feita em detrimento do interesse particular, é possível porque o ordenamento permite e outorga instrumentos à Administração Pública.

No que concerne particularmente ao conceito da atuação preventiva, Prates (2005, p.193) traz uma precisa definição da matéria, em obra que aborda as sanções administrativas, auxiliando a compreensão do tema, ainda pouco abordado pela doutrina administrativista. Nessa via, o autor denomina a atuação administrativa ora analisada como medidas administrativas prudenciais e expõe o que se segue:

Ainda no domínio administrativo preventivo, mas com maior pendor restritivo do que as duas medidas antes examinadas (medidas administrativas de controle prévio e medidas administrativas persuasivas), despontam as medidas administrativas prudenciais, os comandos positivos ou negativos dirigidos pela Administração aos administrados

com o intuito de evitar a ocorrência ou pelo menos de diminuir o risco de ocorrência de infrações administrativas e de lesões a interesses público-administrativos não necessariamente relacionadas à prática de um ilícito. Trata-se da medida preventiva de grau mais elevado, uma vez que a Administração, visando a atalhar uma infração ou um dano à ordem administrativa e a adequar o comportamento do administrado às normas reguladoras, chega a intervir diretamente na sua atividade, tornando ainda mais limitada a sua liberdade de atuação.

Por delimitarem ou condicionarem o exercício de direitos pelos administrados, de modo que sejam adequados ao gozo da liberdade ou da propriedade, por aqueles, ao bem-estar da coletividade, as medidas de caráter preventivo constituem inegável manifestação do poder de polícia. Contudo, importante salientar que, ainda que possam representar uma intervenção direta na esfera particular, típica do mencionado poder, essas medidas não têm natureza punitiva ou sancionadora.

Isso porque as providências, objetos deste estudo, têm o escopo de impedir condutas que tenham o condão de acarretar danos a bens jurídicos ou interesses coletivos ou à ordem administrativa, de modo geral. Assim, depreende-se que a atuação preventiva ocorre previamente à efetivação de uma conduta lesiva punível, ou seja, aquela antecede a concretização de uma infração administrativa, distinguindo-se, portanto, da atuação repressiva pela Administração Pública.

Com efeito, embora a atuação preventiva e a atuação repressiva representem manifestações do poder de polícia, uma vez que afetam a esfera privada em prol do interesse público, essas providências administrativas ocorrem em situações diversas e têm funções distintas.

Vale recordar que a sanção tem funções específicas, como a retribuição do mal causado ao infrator, a intimidação para evitar novos cometimentos da conduta irregular, a ressocialização, entre outras. Essas funções diferem-se sensivelmente da finalidade da atuação preventiva em exame, cujo objetivo precípua, repita-se, é obstar ou interromper condutas que se demonstrem potencialmente danosas ao bem-estar da coletividade.

2 Da relevância da atuação preventiva no atual panorama jurídico-administrativo

A partir do momento em que o Estado assume uma postura regulatória, torna-se mais claro que o mero fortalecimento do poder punitivo estatal não é suficiente para uma tutela adequada do interesse público. Isso porque a necessidade de imposição de uma sanção, em diversas situações, traduz a existência de abalo anterior na integridade da ordem jurídico-administrativa, o que, comumente, deveria ter sido evitado pela regulação ou pela fiscalização estatal.

Em outras palavras, se o Estado opta por uma postura mais ordenadora do que prestadora, o mínimo esperado pelos administrados é comprometimento e empenho dos administradores em afastar condutas infratoras ou nocivas aos interesses coletivos. Ademais, se a Administração Pública tem como meta a perseguição do interesse público, a sua atuação deve ser voltada a garantir a higidez dos bens e direitos que atendam aos anseios da sociedade, em vez de concentrar ou investir a maior parte de suas ações em medidas de cunho reparador ou punitivo.

Com isso, deve-se valorizar a atuação preventiva, cujo escopo é compatibilizar o comportamento dos administrados com a regulamentação vigente, evitando a concretização de infrações ou danos.

Em sentido próximo ao entendimento ora defendido, o autor espanhol Alejandro Nieto García (2002, p. 30-31) exalta, como principal meta da atuação estatal, a redução dos riscos e dos danos, senão vejamos:

(...) mi opinión es la de que las leyes sancionadoras (como las medidas intervencionistas previas) deben tener por objetivo la reducción de los riesgos, y por supuesto de los danos (...).

(...) no basta con publicar medidas y conminar sanciones sino que hay que hacerlas realidad. Ni el deber del Estado ni su correlativa responsabilidad se agotan con la publicación de normas. Partiendo de aquí es como puede empezarse a llevar a cabo esta tarea, a primera vista imposible, de acotar y ordenar el catálogo efectivo de sanciones, que por su inmensidad parece equivaler a poner puertas al campo. A cuyo efecto, a la idea anterior hay que añadir otra no menos importante: *el objetivo de una buena política repressiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque*

com la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto.

Para ilustrar o posicionamento ora defendido, pode-se citar a atuação do Banco Central do Brasil (BCB), cujas medidas de caráter preventivo serão mais bem analisadas a seguir, e serão adotadas tais providências com o escopo acima exposto. Entre outras frentes, tal autarquia atua de modo que se afastem condutas que possam comprometer o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional (SFN), podendo, até mesmo, limitar a prática de determinada operação de crédito por determinada instituição financeira, caso avalie que essa sociedade tenha uma exposição a risco em dissonância com suas estruturas de gerenciamento e controles internos, por exemplo. Nessa atuação preventiva, o ente administrativo tutelou o interesse público em manter o sistema financeiro hígido, estável, atendendo aos anseios da coletividade, como determinado pelo art. 192 da Carta Magna.

Pode-se concluir que o atual panorama da Administração Pública é um terreno adequado à valorização da atuação preventiva pelos administradores, pois essa forma de tutela estatal efetivamente afasta comportamentos nocivos, que impliquem riscos à ordem jurídico-administrativa. Ao coibir a continuidade de uma conduta inadequada, irregular ou potencialmente danosa, o Estado age em plena harmonia com o seu papel de regulador, muitas vezes evitando a necessidade de imposição de sanções e, o que é mais relevante, resguardando o interesse público.

3 A atuação preventiva prudencial do Banco Central do Brasil

O BCB, integrante da Administração Pública Federal Indireta, é um bom exemplo de ente administrativo que avançou significativamente na adoção de uma atuação de caráter preventivo. Encontram-se em vigor atos normativos que disciplinam expressamente a adoção de medidas preventivas por esta Autarquia, o que confere segurança jurídica aos procedimentos correlatos a essa atuação, bem como contribui significativamente para o desempenho do papel outorgado por lei ao BCB.

A adoção de medidas de cunho preventivo pelo BCB dá-se, especialmente, em dois ambientes distintos: no SFN e no Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB),

com fulcro, respectivamente, nas competências outorgadas a tal Autarquia pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e pela Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. A legislação em questão outorgou ao BCB o dever de garantir a estabilidade e a higidez dos mencionados sistemas, o que, indiscutivelmente, exige o uso de instrumentos que sejam aptos a afastar comportamentos nocivos por parte daqueles que atuam nesses nichos.

No que tange ao SFN, tem-se que, diante de determinados fatos, previstos expressamente na regulamentação em vigor e idôneos a comprometer o regular funcionamento desse sistema, é autorizada a atuação do BCB, para suprimir a situação de anormalidade. As medidas preventivas passíveis de adoção pela autarquia federal foram disciplinadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), com base nas competências legalmente outorgadas a este órgão, em especial a incumbência de regular o funcionamento e a fiscalização dos que exercem atividades subordinadas à Lei nº 4.595, de 1964, que rege o sistema financeiro pátrio.

Destarte, o CMN editou a Resolução nº 4.019, de 29 de setembro de 2011, que estabelece como escopo da atuação preventiva a garantia da solidez, da estabilidade e do regular funcionamento do SFN. A norma do CMN baliza a atuação do BCB, ao elencar as providências de caráter preventivo que podem ser adotadas pela autarquia, após um juízo de conveniência e oportunidade sobre as circunstâncias do caso concreto. Ademais, a norma do Conselho elenca, de modo não exaustivo, as situações que representam o comprometimento da integridade do SFN e que ensejam, assim, tal atuação preventiva prudencial.

Por sua vez, no âmbito do sistema de pagamentos, recentemente disciplinado por lei, o BCB também pode adotar medidas preventivas com o objetivo de assegurar a solidez, a eficiência e o regular funcionamento dos arranjos de pagamento e das instituições de pagamento (art. 9º, inciso IX, da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, regulamentado pela Circular nº 3.735, de 27 de novembro de 2014). A norma em questão foi editada diretamente pela Autarquia, em razão da competência que lhe foi expressamente outorgada pela Lei nº 12.865, de 2013, guardando, contudo, similaridade com a disciplina instituída pela resolução que dispõe sobre medidas prudenciais preventivas, no âmbito do SFN.

No que concerne ao aspecto procedimental da adoção de medidas preventivas, é válido adentrar rapidamente o tema, para tecer algumas considerações sobre

os direitos dos administrados afetados por eventual atuação administrativa, em especial o direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse ponto, verifica-se que a regulamentação supramencionada, com vistas à necessidade de afastar o comprometimento do bem-estar social, posterga eventual impugnação pelo interessado, para um momento posterior à medida adotada pelo BCB.

Isso porque é necessário que a restrição ou o condicionamento do exercício de direitos, determinados na decisão administrativa de cunho preventivo, sejam imediatamente aplicados, de modo que se afaste o potencial dano verificado pelo administrador e se resguarde o interesse público subjacente.

Por essas razões, justifica-se a postergação do direito do administrado de impugnar o entendimento da Administração Pública e, quando cabível, de pleitear a reversão da medida restritiva aplicada. Do contrário, a mera ameaça ao interesse público pode converter-se em efetivo prejuízo aos anseios ou direitos da coletividade, inutilizando a adoção da medida preventiva.

Dessa breve exposição sobre o tratamento normativo da matéria no âmbito do CMN e do BCB, é possível concluir que a disciplina jurídica e o uso de medidas preventivas munem o ente administrativo dos mecanismos necessários ao fiel desempenho de seu dever legal de regulação e supervisão, além de resguardar, em última instância, o interesse público perseguido em sua atuação.

Conclusão

A postura estatal fiscalizadora e instituidora de disciplina jurídica aos administrados, que caracteriza o Estado Regulador, coaduna-se com a adoção de medidas administrativas que busquem o afastamento de riscos, o cometimento de infrações e, conseqüentemente, de danos à ordem jurídico-administrativa. Como a prestação dos serviços comumente não estará nas mãos do Poder Público, e a atuação estatal será constantemente indireta, é oportuno e conveniente que o administrador faça uso de instrumentos que balizem e tornem adequada a atuação do particular, garantindo o atendimento aos anseios da coletividade de forma efetiva.

A adoção de medidas administrativas preventivas é um meio adequado ao atingimento desse objetivo, tendo em vista o momento de sua aplicação e sua finalidade.

Tal atuação poderia ser ignorada ou rechaçada pela visão liberal clássica do Direito, que preza pela valorização patrimonial e pelo delineamento rígido ou, até mesmo, pelo afastamento da intervenção estatal na esfera privada. Contudo, na atual ótica constitucional do Direito, que exige expressamente a atuação eficiente pela Administração Pública, as medidas preventivas devem ser priorizadas pelo administrador e ser alvo de regulamentação apropriada, para legitimar o seu uso e resguardar adequadamente o interesse da coletividade.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

GABARDO e HACHEM, Emerson e Daniel Wunder. O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica. In: **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCÍA, Alejandro Nieto. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª edição. Madri: Tecnos, 2006.

MEDINA, Fábio Osório. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: **Grandes Temas do Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição. Rio de Janeiro: 2006.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Da Necessidade de Adoção de Processo Regulamentar pela Administração Pública Brasileira

Alexandre Magno Fernandes Moreira*

Introdução. 1 Visão panorâmica da produção de normas administrativas no Brasil. 2 Problemas decorrentes da ausência de um processo regulamentar no Brasil.

Resumo

O objetivo deste artigo é demonstrar a necessidade de introdução no Brasil de um processo formal de produção de normas administrativas. Para isso, em primeiro lugar, foi descrito o modo de produção de normas administrativas em diversas entidades da Administração Pública brasileira, demonstrando seu caráter assistemático e mesmo caótico. Em seguida, são descritos os diversos problemas decorrentes da ausência dessa espécie de processo em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Normas administrativas. Modo de produção atual. Processo regulamentar. Ausência. Problemas.

* Procurador do Banco Central. Mestre em Direito pela *Vanderbilt University* (2014).

Abstract

The purpose of this article is to demonstrate the need for introduction in Brazil of a formal process of production of administrative rules. For this, first, it is described the method of production of administrative regulations in several entities of the Brazilian Public Administration, demonstrating its unsystematic and even chaotic character. Then the various problems arising from the absence of this kind of process in our legal system are described.

Keywords: *Administrative regulations. Current production methods. Rulemaking Process. Absence. Problems.*

Introdução

No Brasil, a produção de normas administrativas é indubitavelmente uma das mais importantes funções estatais: as normas editadas pelos órgãos estatais regulam de forma cada vez mais intensa as diversas atividades sociais, especialmente as do domínio econômico. A despeito dessa inegável importância, não há, no Brasil, um procedimento que possa ser propriamente denominado de **processo regulamentar**, mas apenas regras esparsas adotadas por determinados órgãos e entidades da Administração Pública. Nesse sentido, a produção de normas administrativas talvez seja a mais descoordenada e descontrolada função estatal no Brasil.

Como bem sabido, a Administração Pública federal brasileira é pautada pela lei que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo: a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Porém, o escopo da lei brasileira é restrito: a única espécie de processo administrativo previsto é o processo adjudicatório, que, à semelhança do processo judicial, destina-se a aplicar a lei (e, subsidiariamente, as normas administrativas) a determinado caso concreto. Não há quase nenhuma referência na lei ao processo administrativo de produção de normas.¹ Também é notável que os doutrinadores brasileiros raramente tratem

¹ Há apenas uma referência à produção de normas na lei de processo administrativo: a proibição de se delegar a competência para a “edição de atos de caráter normativo” (art. 13, I).

do processo regulamentar, inexistindo obra específica sobre o assunto, a despeito da existência de diversas obras sobre os limites do poder regulamentar.² Além disso, não há nenhuma referência a processo regulamentar em julgados dos tribunais superiores e mesmo em toda a Justiça Federal. Trata-se, portanto, de tema pouco desconhecido pelo Direito brasileiro.

A ausência quase completa de regras relativas ao processo de regulamentação e a ausência quase absoluta de discussão desse problema na doutrina e nos tribunais brasileiros pode ser considerada como uma indicação de que o processo regulamentar não é, no Brasil, uma questão de grande valor prático. No entanto, qualquer comparação entre o número e a extensão das leis e dos regulamentos editados no país indica que o processo de regulamentação chega a ser, em alguns casos, mais importante que o processo legislativo para as pessoas diretamente afetadas e para a ordem social em geral.

Este artigo propõe que a lei de processo administrativo brasileira seja ampliada para abranger não apenas a adjudicação, mas também a regulamentação. A parte 1 descreve o estado atual da produção de normas administrativas no Brasil, com ênfase nas existentes regras de caráter procedimental. A parte 2 explica as dificuldades e ineficiências que resultam da falta de procedimentos legalmente estabelecidos para a regulamentação.

1 Visão panorâmica da produção de normas administrativas no Brasil

A Administração Pública Federal brasileira tem sido tradicionalmente dividida em administração direta e indireta. A primeira é constituída pela União, a segunda por diversas entidades supervisionadas pela União. Os principais órgãos da União (administração direta) são a Presidência da República e os ministérios. Existem três tipos de entidades da administração indireta: autarquias, fundações e empresas estatais.

Na década de 1930, o governo federal brasileiro instituiu diversas companhias, que passaram a formar o terceiro ramo da administração indireta, as empresas

2 Maria Sylvania Zanella Di Pietro constitui exceção notável ao abordar o processo de elaboração das normas das agências reguladoras em discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 480-504.

estatais. Nas décadas seguintes, a participação dessas empresas na prestação de serviços públicos (como telecomunicações) e em atividades econômicas (como mineração) cresceu vertiginosamente. Na década de 1990, em um polêmico esforço para aumentar a eficiência econômica, diversas empresas estatais foram privatizadas pelo governo federal. Tratou-se de uma mudança estrutural no sistema econômico, uma vez que o Estado reduziu sua participação na economia como empresário, ao mesmo tempo aumentando-a como regulador.³ Nesse período foram fundadas as agências reguladoras não apenas para regular, mas também para supervisionar a execução de serviços públicos e determinadas atividades econômicas.

Quase todos os órgãos da União (de forma destacada, os ministérios) produzem normas de caráter regulador. A mesma situação é encontrada na maioria das autarquias e mesmo em algumas fundações e empresas estatais. De fato, chega a ser difícil conceber-se um órgão governamental que, mesmo de modo restrito, não produza normas reguladoras para atingir seus objetivos institucionais.

Para ilustrar a importância da produção de normas reguladoras no Brasil, serão analisadas cinco unidades do governo federal: a) a Presidência da República; b) um órgão da administração direta, o Ministério da Educação (MEC); c) uma autarquia, o Banco Central do Brasil (BCB); d) uma agência reguladora, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); e) uma empresa estatal, a Petróleos Brasileiros S. A. (Petrobras).⁴

A Presidência da República é o órgão central do Poder Executivo Federal, sendo dividida em unidades, como secretarias, conselhos e coordenações. A Constituição Federal estabelece as seguintes competências normativas

3 “Ao todo, desde 1991, o programa de privatização vendeu participações majoritárias e minoritárias em 68 empresas, com arrecadação de US\$ 40 bilhões (R\$ 69 bilhões pelo câmbio atual).” Após duas décadas, governo ainda controla 44 empresas. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 12 fev. 2012. Caderno Mercado, p. B3.

De acordo com Fernando Dias Menezes de Almeida, no final da década de 1960, a participação do setor público na **formação bruta do capital fixo** (indicador que mede o quanto as empresas aumentaram os seus bens de capital, ou seja, aqueles bens que servem para produzir outros bens) era de aproximadamente 2/3 (dois terços) contra 1/3 (um terço) do setor privado. Por sua vez, em 1996, verifica-se uma inversão: a proporção era de 22% (vinte e dois por cento) para o setor público e de 78% (setenta e oito por cento) do privado. “Teorias da Regulação.” In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (org.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, vol. III, p. 119 a 148.

4 A opção pelo BCB e pelo MEC deve-se ao fato de o autor ser procurador da primeira instituição e ter trabalhado na consultoria jurídica da segunda de 2011 a 2013. A Petrobras foi incluída por ser a maior empresa estatal do país e uma das maiores empresas do mundo. Finalmente, a Anatel foi escolhida porque foi a primeira agência reguladora instituída no país, mantendo-se como uma das mais relevantes agências em atuação.

ao presidente da República: “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução” e “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos” (art. 84, IV e VI). Dentro da Presidência da República, a produção normativa é levada a cabo especialmente pela Casa Civil, que tem a competência de “examinar a constitucionalidade, a legalidade, o mérito, a oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo” (Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, art. 34, I).

Como visto no parágrafo anterior, o decreto, expedido pelo presidente da República, pode ter a função de regulamentar a lei ou de prover normas para a organização da Administração Pública Federal. O primeiro tem o seu alcance limitado pela lei por ele regulada, o segundo não está subordinado a nenhuma lei, mas apenas pode tratar de assuntos internos da Administração Pública. Em 2013, a presidente da República promulgou 334 decretos, e, no mesmo ano, o Congresso Nacional aprovou 173 leis.

Não há um procedimento formalizado para a produção de decretos presidenciais, apenas algumas diretivas (previstas no supracitado Decreto nº 4.176, de 2002), como: “as propostas de projetos de ato normativo serão encaminhadas à Casa Civil por meio eletrônico (...) mediante exposição de motivos do titular do órgão proponente (...)” (art. 37, *caput*); e

compete à Casa Civil da Presidência da República decidir sobre a ampla divulgação de texto básico de projeto de ato normativo de especial significado político ou social, até mesmo por meio da Rede Mundial de Computadores ou mediante a realização de audiência pública, tudo com o objetivo de receber sugestões de órgãos, entidades ou pessoas (art. 34, II).⁵

Ressalte-se a obediência às (esparsas) normas procedimentais do Decreto nº 4.176, de 2002, nunca foi questionada nos tribunais federais, não se registrando, portanto, nenhum caso em que alguma norma administrativa tenha

5 Por força do art. 59 do decreto, essas diretivas são também aplicáveis, no que couber, às demais espécies de atos normativos produzidos pelo Poder Executivo Federal.

tido anulada por infringir o referido decreto.⁶ Portanto, na ausência de efetivo controle judicial, não é descabido dizer que a produção normativa de decretos é realizada quase sem limitação de ordem procedimental.⁷

O MEC tem a competência de elaborar normas administrativas nas seguintes áreas: política nacional de educação; educação infantil; educação em geral (exceto ensino militar); avaliação, informação e pesquisa educacional; pesquisa e extensão universitária; profissão docente; e assistência financeira a famílias carentes para a educação de seus filhos ou dependentes (cf. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, art. 27, X). O Ministério está dividido em vários órgãos, como o Conselho Nacional de Educação, a Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior, a Secretaria de Educação Básica e a Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. Cada uma dessas unidades tem competência para emitir normas reguladoras do sistema educacional.

O BCB é certamente uma das autarquias mais importantes do país. Trata-se da única entidade da administração indireta cujo presidente é qualificado como ministro (cf. Lei nº 10.683, de 2003, art. 25, parágrafo único, VII). O BCB foi constituído em 1964, para desenvolver diversas funções relacionadas ao controle do Sistema Financeiro Nacional, como “exercer o controle do crédito sob todas as suas formas” (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 10, VI); “exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas” (Lei nº 4.595, de 1964, art. 10, IX); e “estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas (...)” (Lei nº 4.595, de 1964, art. 10, XI). Apesar das relevantíssimas funções exercidas, em termos regulamentares, o BCB não é a principal autoridade monetária, uma vez que seu poder normativo está subordinado ao do Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão do Ministério da Fazenda que tem por competência “formular a política da moeda e do crédito” (Lei nº 4.595, de 1964, art. 2º, *caput*), principalmente por meio de suas resoluções.⁸

6 Pesquisa realizada em 22 de junho de 2014 na base de dados de jurisprudência unificada da Justiça Federal <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>>.

7 Ressalte-se apenas a análise jurídica prévia realizada pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil nos termos do art. 16, IV, VI e IX do decreto (“À Subchefia para Assuntos Jurídicos compete: (...) IV – examinar os fundamentos jurídicos e a forma dos atos propostos ao Presidente da República, estando autorizada a devolver aos órgãos de origem aqueles em desacordo com as normas vigentes; (...) VI – supervisionar a elaboração de projetos e atos normativos de iniciativa do Poder Executivo; (...) IX – coordenar as atividades de elaboração, redação e tramitação de atos normativos a serem encaminhados ao presidente da República; (...)”).

8 O poder quase-legislativo (estabelecimento de deveres e obrigações por meio de normas) conferido ao BCB e ao CMN

Em 2013, 125 resoluções foram promulgadas pelo CMN. Logo a seguir, vêm as circulares do BCB, promulgadas 73 vezes no mesmo período. Em comparação, é notável perceber que, em 2013, foram promulgadas apenas duas leis a respeito do Sistema Financeiro Nacional.⁹

O CMN tem algumas diretrizes para o processo de elaboração de suas resoluções, como “as propostas dos conselheiros ao CMN deverão ser entregues à sua secretaria-executiva, com a justificativa da proposição e minuta da resolução pertinente, se for o caso” (Decreto nº 1.307, de 9 de novembro de 1994, art. 17); e “as propostas que implicarem dispêndio ou remanejamento de recursos financeiros, assim como as que exigirem aplicações de recursos, deverão dimensionar tais recursos e apresentar, se for o caso, o respectivo fluxo de fontes e usos” (Decreto nº 1.307, de 1994, art. 19).¹⁰ Por outro lado, não há nenhuma espécie de processo regulamentar previsto para a edição de circulares do BCB: eventualmente são realizadas consultas públicas, e comumente o projeto de circular é examinado pela Procuradoria-Geral, mas tanto um evento como o outro dependem inteiramente da discricionariedade da autoridade competente.¹¹

As agências reguladoras brasileiras, inspiradas no modelo norte-americano das agências independentes, foram instituídas como entidades da administração indireta. No entanto, elas têm características peculiares que as diferenciam fortemente de outras entidades da administração indireta. Como no modelo norte-americano, essas agências têm maior grau de autonomia (por exemplo, seus diretores devem ser aprovados pelo Senado, têm mandato fixo, e as decisões do conselho diretor não podem ser anuladas pelo chefe do Poder Executivo). Além disso, as agências têm não apenas competências administrativas, como as demais entidades da administração indireta, mas também são titulares de poderes de caráter normativo (quase-legislativo) e adjudicatório

antecipou em mais de três décadas aquele dado às agências reguladoras. Curiosamente, a atribuição desse poder não causou grande questionamento à época, o que diferiu em muito das grandes controvérsias que cercaram a fundação das agências reguladoras. Ainda hoje, quase 50 anos depois da promulgação da lei, esse poder tem sido exercido sem maiores questionamentos quanto à possível colisão com o princípio da legalidade.

9 Cf. a Lei nº 12.838, de 9 de julho de 2013, que “dispõe sobre os títulos de crédito e instrumentos emitidos por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil para composição de seu patrimônio de referência”; e a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, que “disciplina o documento digital no Sistema Financeiro Nacional”.

10 Em situação idêntica à do Decreto nº 4.176, de 2002, não foram encontradas decisões judiciais que declarassem nulidade de resolução com base em desobediência a requisito procedimental.

11 De acordo com o Regimento Interno do BCB, cabe à Diretoria Colegiada aprovar normativos, exceto aqueles de competência das unidades.

(quase-judicial). A Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), por exemplo, tem competência para “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”¹² (poder normativo); “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores” (poder normativo); e “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores” (poder adjudicatório) – Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, art. 3º, I, IV e V.

Em 1995, a Emenda Constitucional nº 8 extinguiu o monopólio da União na prestação dos serviços de telecomunicação e determinou a promulgação de uma lei sobre a organização dos serviços e a constituição de um órgão regulador. Em consequência, foi promulgada a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, denominada Lei Geral de Telecomunicações, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Foi a primeira entidade da administração indireta expressamente denominada “agência reguladora”, sendo um marco no reconhecimento do **Estado Administrativo** no Brasil.¹³ A Anatel tem, entre outras, as seguintes competências legais: “implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações”; “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público”; e “administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas” (Lei nº 9.472, de 1997, art. 19, I, IV e VIII). O órgão supremo da Anatel é o seu Conselho, composto por cinco membros, nomeados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado. O Conselho tem a autoridade para promulgar normas sobre as matérias de poder da agência. Existem dois tipos de regras promulgadas pela Anatel: resoluções e súmulas. A primeira regula o setor de telecomunicações brasileiro, a segunda interpreta as leis de telecomunicações, com efeitos vinculantes. Em 2013, 24 resoluções e uma

12 A Lei nº 9.074, de 1995, “estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos”.

13 “Estado Administrativo” foi um termo cunhado pelo norte-americano Dwight Waldo, em 1948, em obra de mesmo nome (*Administrative state*). Trata-se do regime no qual a maior parte das interações jurídicas (principalmente as de cunho normativo) entre o Estado e os cidadãos é feita por meio de burocratas.

súmula foram promulgadas. Em comparação, no mesmo ano, não houve única lei federal sobre telecomunicações.

Existem regras internas na agência sobre o processo de regulação (Regimento Interno da Anatel – Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, art. 62 a 66). Resumidamente, essas regras preveem: a competência exclusiva do Conselho Diretor para a promulgação de resoluções; a necessidade de análise de impacto regulatório; consulta pública obrigatória; procedimentos para a análise da proposta de resolução; regras básicas sobre a elaboração das resoluções; e a necessidade de um parecer jurídico antes da aprovação da resolução.

O último exemplo é a Petrobras, uma das maiores empresas de petróleo do mundo. Foi fundada em 1953 e até 1997 era a única empresa que tinha permissão para explorar jazidas de petróleo e de gás natural no país.¹⁴ Trata-se de

uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, art. 61).

A empresa é administrada pelo Conselho de Administração e tem os seguintes departamentos: Financeiro; Gás e energia; Exploração e produção; Jusante¹⁵; Internacional; Engenharia, tecnologia e materiais; e Corporativo e de serviços. Ele também tem várias empresas subsidiárias, como a Petrobras Distribuidora e a Petrobras Biocombustível.

14 Na redação original, o § 1º do art. 177 da Constituição Federal dispunha que “O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural (...)”. Com a Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, o referido parágrafo passou a dispor que: “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei”. Os incisos do art. 177 referem-se a pesquisa e lavra (I), refinação (II), importação e exportação (III) e transporte de petróleo e gás natural.

15 “Na indústria do petróleo, localizar reservas de petróleo subterrâneos ou submarinos caracteriza o processo a montante. (...) A fase a jusante do processo de produção envolve o processamento dos materiais recolhidos durante a etapa a montante na produção de um produto acabado. A fase a jusante inclui ainda a venda real do produto para outras empresas, governos ou particulares.” **As definições de montante e a jusante do processo de produção.** Disponível em <http://finslab.com/contabilidade-e-escrituracao/artigo-4590.html>. Acesso em: 24 jul. 2014.

Como comumente ocorre com as empresas estatais, a Petrobras não tem poder normativo. Essa função é exercida por uma agência reguladora, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Como a Anatel, a ANP foi fundada em 1997, devido a uma emenda constitucional que tornou possível a concessão de determinados serviços relativos a petróleo e gás natural. O órgão supremo da agência é a Diretoria Colegiada, composta por cinco membros, nomeados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado. Existem vários tipos de regras promulgadas pela agência, como resoluções, portarias e instruções normativas. Em 2013, foram promulgadas 1.378 resoluções; em comparação, no mesmo ano, foi promulgada apenas uma lei federal a respeito de petróleo. Existe apenas uma regra relativa à elaboração de normas regulamentares:

(...) alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de consulta e audiência pública, convocadas pela Diretoria Colegiada da ANP e dirigidas pelos titulares das unidades da estrutura organizacional respectiva ou por servidores por eles indicados (Portaria nº 69, de 6 de abril de 2011, art. 56).

2 Problemas decorrentes da ausência de um processo regulamentar no Brasil

As descrições anteriores mostram que a edição de normas regulamentadoras no Brasil é exercida com frequência várias vezes superior à produção de normas de caráter legislativo, especialmente após a instituição das agências reguladoras. Mais do que a questão meramente numérica, destacam-se as normas regulamentadoras pela influência direta que têm sobre a vida econômica do país. No entanto, também foi demonstrada a inexistência de um processo estabelecido para produção dessas normas. Como visto, existem apenas diretrizes para os decretos presidenciais, nenhuma regra sobre regulamentação no MEC, algumas diretrizes para as resoluções do CMN (no entanto, nenhuma para o BCB), um conjunto mais abrangente de regras para o processo de regulamentação da Anatel

e apenas uma regra para o mesmo processo na ANP. Em geral, pode-se concluir que os procedimentos adotados da concepção até a promulgação de uma norma regulamentadora dependem de costumes administrativos¹⁶ e do puro exercício de vontade das autoridades administrativas.

A ausência de um processo de regulamentação formalmente estabelecido pode, por um lado, significar que seja desnecessário e que, de alguma forma, um sistema caótico possa ser também eficiente e legítimo. Por outro lado, essa ausência pode significar que a desorganização da elaboração de normas regulamentadoras no Brasil é uma grave deficiência do sistema de formulação de políticas públicas, o que provocaria vários problemas, mesmo que estes não tenham sido claramente identificados até agora. Outra hipótese parece muito mais plausível pelas razões que serão dadas a seguir.

No momento, não existem estudos empíricos sobre os procedimentos utilizados pela Administração Pública brasileira para produzir suas regras. De modo geral, pode-se inferir que, na maioria dos casos, a produção de normas administrativas é regida muito mais por costumes administrativos e pressões políticas do que por qualquer tipo de procedimento estabelecido. Essa ausência leva a diversas falhas no processo de formulação de políticas públicas. As mais importantes, que serão analisados a seguir, estão relacionadas a: democracia, eficiência, observância das normas, planejamento orçamentário, controle judicial, interpretação dos regulamentos, informações sobre a finalidade do regulamento e, por último, mas não menos importante, um problema simbólico.

O primeiro, e talvez o mais grave, problema envolve a democracia. Com exceção de algumas agências reguladoras, que têm um procedimento de consulta pública, a regulamentação brasileira tem uma interação extremamente limitada com a população. Geralmente, as regras são escritas por burocratas e aprovadas por outros burocratas ou pelas autoridades políticas. Entre elaboração e aprovação, geralmente não há nenhum tipo de controle externo à burocracia e às autoridades políticas.

16 Em geral, a doutrina considera que o costume não é fonte do Direito Administrativo (*vide*, a esse respeito, Augustin Gordillo: “*La costumbre no puede ser admitida como fuente de derecho administrativo a menos que una ley expresamente lo autorice, pues las constituciones prohíben generalmente que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe*” – Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I – VII-49). A despeito disso e da profusa regulamentação formal da atividade administrativa, ainda existem condutas administrativas não baseadas em normas legais ou regulamentares que, devido à contínua repetição, são consideradas, pelos agentes que as realizam, como obrigatórias.

De acordo com a Constituição brasileira, é possível a qualquer pessoa apresentar um requerimento que tenha por objeto a promulgação, a modificação ou a anulação de uma norma administrativa. A única exigência é o autor provar que tem algum direito ou que há ilegalidade ou abuso de poder.¹⁷ Porém, tradicionalmente, esse direito é usado apenas dentro do procedimento adjudicatório (processo de solução de casos concretos mediante a aplicação da lei).¹⁸ Mesmo que esse direito tenha sido reconhecido para o processo de regulamentação, ainda não haveria qualquer possibilidade de fazer esse tipo de demanda com base apenas em considerações de formulação de políticas.¹⁹

Há também, no Brasil, o reconhecimento expresso do direito ao acesso à informação produzida pela Administração Pública²⁰. No entanto, a lei não menciona nenhum tipo de dever de transparência ativa em relação às propostas de normas administrativas.²¹ Assim, os cidadãos não conhecem as propostas existentes e, por isso, não têm a possibilidade de influenciar o processo decisório da Administração Pública. Nesse sentido, a regulamentação brasileira é, em geral, um sistema fechado, uma vez que não recebe qualquer tipo de *input* formal vindo de fora do aparelho estatal. No entanto, existem várias situações de *inputs* informais, como as pressões políticas e do trabalho de lobistas corporativos. Esse tipo de *input* não tem nenhum controle democrático nem limitação formal. A consequência natural é que, sem a participação dos cidadãos, esses interesses especiais tendem a dominar o processo de regulamentação.

O segundo problema causado pela falta de um processo de regulamentação no Brasil é relacionado com a obediência espontânea às normas. Várias pesquisas demonstraram que há uma relação entre o grau de participação no processo

17 “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, *a*).

18 Exemplo disso é a Lei nº 9.784, de 1999, que reconhece o direito de petição em processos administrativos federais de caráter adjudicatório.

19 O direito constitucional de petição exige que o requerente alegue que ele é vítima de ilegalidade ou abuso de poder. Assim, o peticionário que fundamenta seu pedido apenas em razões de interesse público, sem referência aos seus direitos individuais, não tem legitimidade de um procedimento administrativo com base no direito constitucional de petição.

20 Cf. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, Lei de Acesso à Informação, regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

21 Transparência ativa “é dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas” (Decreto nº 7.724, de 2012, art. 7º, *caput*). Em tese, seria possível até mesmo a recusa do fornecimento de informações a respeito de processos de elaboração de normas administrativas, com base no art. 20, *caput*, do decreto (“O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão”).

decisório estatal e o cumprimento espontâneo das normas.²² Por outro lado, as regras cuja elaboração não conta com a participação das pessoas potencialmente afetadas tendem a ser desobedecidas pela população e, portanto, requerem a utilização de medidas de cunho sancionatório/penal, a fim de ter eficácia social.²³ Essa desobediência decorre não apenas da ausência de percepção de legitimidade da norma, mas também da simples ignorância a respeito de sua existência.²⁴

O terceiro problema decorrente da falta de um processo de regulamentação no Brasil está relacionado com a eficiência. Um dos fundamentos mais importantes de qualquer tipo de processo é a racionalização: a aplicação prática do conhecimento para atingir um fim desejado. O procedimento é um instrumento para esse fim desejável. Idealmente, um processo formalmente estabelecido é capaz de conduzir o órgão público ao fim determinado na legislação. Na prática, por outro lado, nada impede a existência de regulamentação ou mesmo a elaboração de políticas públicas sem algum tipo de procedimento estabelecido. No entanto, uma situação de caos processual é susceptível de diminuir a eficácia do regulamento. Um processo de regulamentação estabelecido formalmente possibilita que a autoridade receba os *inputs* necessários da sociedade, de outros órgãos, do Executivo e até mesmo do legislador. Possibilita ainda que esses *inputs* sejam apropriadamente reunidos e analisados, de modo que a autoridade competente seja conduzida à decisão mais fundamentada possível quanto à norma a ser editada.²⁵

22 *Vide*, a esse respeito, *Why People Obey the Law*, de Tom R. Tyler.

23 A crise do Direito Penal brasileiro é, há tempo, reconhecida pela doutrina brasileira, tanto no que se refere a ineficiência quanto ao que se refere a seu custo social. Contudo, uma crise de maior proporção e ainda pouco analisada pela doutrina diz respeito ao exercício do poder de polícia: concretamente, a fiscalização de atividades privadas e a consequente sanção das atividades ilícitas estão substancialmente aquém dos parâmetros determinados em lei. Nesse sentido, parte considerável das atividades privadas supostamente reguladas estão em situação que beira a anomia.

24 Registre-se que a presunção de conhecimento da lei, expressa no art. 3º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (“Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”) reconhecida e atenuada no Direito Penal (“[...] O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuir a de um sexto a um terço” – Código Penal, art. 21, *caput*) e no Direito Processual Civil (“A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz” – art. 331 do Código de Processo Civil) também deve ser atenuada em questões relativas a normas administrativas, uma vez que ao cidadão comum é absolutamente impraticável o acompanhamento, por meio da leitura das volumosas páginas do Diário Oficial, da edição de normas administrativas às quais possa estar submetido.

25 Esse problema está intimamente relacionado com o primeiro porque a democracia, pelo menos esquematicamente, consiste em *inputs* dos cidadãos para o aparelho de governo. Há, no entanto, uma distinção: a eficiência apenas descreve a relação entre as despesas gerais e os benefícios decorrentes de uma ação. Em outras palavras, é, essencialmente, uma análise custo-benefício. A democracia, por outro lado, é uma forma de governo baseada em princípio moral da igualdade. Eficiência e democracia não têm necessariamente sinergia. Na verdade, a democracia é muitas vezes criticada como um sistema de formulação de políticas ineficientes.

Intimamente relacionada com o problema da eficiência é a questão do planejamento orçamentário. Apesar da existência de uma Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), não há planejamento a respeito do custo da regulamentação total. Na verdade, pouquíssimas agências realizam análise de custo-benefício para cada norma de regulação editada. Além disso, na ausência de um acordo sobre a metodologia aplicável e de uma instituição que agregue as informações, é impossível estimar o impacto da regulação na economia nacional. Em outras palavras, não há parâmetros para determinar se existe uma situação de excesso ou de falta de regulamentação.²⁶

Outro problema envolve o controle judicial da regulamentação. Sem um processo de regulamentação estabelecido, o controle judicial é limitado a determinar a compatibilidade da norma administrativa com as leis e a Constituição. Na verdade, essa situação provoca dois problemas paradoxais. Um deles é que, dada a ampla delegação legal de poderes à Administração Pública (especialmente às agências reguladoras), não há muito espaço para o escrutínio judicial. Outro é que, no Brasil, quando os tribunais pretendem anular um regulamento, é comum a utilização de princípios extremamente gerais, como o da razoabilidade e da proporcionalidade. O uso desses padrões largamente abstratos produzem alto grau de incerteza, o que compromete a estabilidade da regulação.²⁷

Um problema mais sutil envolve a interpretação dos regulamentos: sem história regulamentar (o registro do processo de regulamentação) não há explicação oficial para a regulamentação. Em contraste, na interpretação legal, os juízes têm à disposição a história legislativa como ferramenta para estabelecer o significado das regras legais. Essa ferramenta interpretativa pode se mostrar extremamente útil nos casos mais complexos, em que o sentido literal do texto não dá uma resposta satisfatória para o caso em julgamento. A história da elaboração da norma regulamentar pode servir à mesma função, uma vez que a investigação dos atos que levaram à promulgação de um regulamento muitas

26 Não pode haver dúvida de que o Estado brasileiro intervém em quase todas as áreas da vida social, até mesmo em decorrência de comando constitucional. Não existem dados, porém, para que se possa afirmar com precisão a respeito dos efeitos dessa intervenção nas áreas afetadas. Na verdade, normas reguladoras são cotidianamente editadas e logo após, na imensa maioria das vezes, são esquecidas, sem se saber quais os efeitos efetivamente produzidos na sociedade.

27 A primeira hipótese tem se mostrado bem mais comum que a segunda. Fundamentando-se na existência de uma “discricionariedade técnica”, os tribunais têm rotineiramente deixado de controlar a legalidade e a constitucionalidade das normas administrativas, fazendo com que, na prática, várias delas se tornem insuscetíveis de qualquer espécie de controle.

vezes é extremamente importante na determinação da intenção da autoridade reguladora.²⁸

Sem essa história, as empresas reguladas perdem uma ferramenta valiosa para as soluções de ambiguidades e são menos capazes de cumprir eficazmente os regulamentos. Da mesma forma, em vários casos, as decisões dos tribunais podem carecer de motivação adequada, se não houver a informação fornecida pela história regulamentar. Além disso, os tribunais podem ser tentados a utilizar ferramentas menos confiáveis de interpretação, aumentando perigosamente a intensidade da discricionariedade judicial e, conseqüentemente, a instabilidade do sistema regulatório.²⁹

Semelhante ao problema da ausência de história regulamentar, outra falha que prejudica a interpretação e até mesmo a implementação dos regulamentos é a ausência de informações sobre a finalidade do regulamento. Embora a motivação seja expressamente reconhecida como um dos princípios da Administração Pública brasileira (Lei nº 9.784, de 1999, art. 2º, Parágrafo único, VII), em geral, as normas são promulgadas sem nenhuma fundamentação.³⁰ A motivação das normas reguladoras seria uma ferramenta extremamente importante para entender as intenções do órgão ou entidade que a promulga. Além disso, uma decisão administrativa bem fundamentada, à semelhança das decisões judiciais, deve incluir a análise dos comentários feitos pelos interessados: trata-se, portanto, de uma garantia de que a interação entre a Administração Pública e os cidadãos é real, e não apenas formal. Nesse sentido, o único meio apto a demonstrar a existência de motivo legalmente válido para a edição da norma administrativa é o processo regulamentar; por outro lado, a inexistência de motivo é causa de nulidade da norma, conforme a Lei de Ação Popular (cf. Lei nº 4.717, de

28 A ausência quase completa de utilização da história legislativa (por exemplo, dos relatórios das comissões que analisaram o projeto de lei) pelo Judiciário brasileiro como método de interpretação é tema que merece maior investigação por parte da doutrina nacional. Aparentemente, vigora a concepção de que a norma tem existência totalmente independente das discussões que a antecederam. Porém, não se registra a existência de discussões aprofundadas a esse respeito. Talvez isso seja explicado em parte pela pobreza das técnicas hermenêuticas utilizadas pelo Judiciário brasileiro. Nesse sentido, chega a ser notável que a grande referência em hermenêutica jurídica seja a obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, publicada por Carlos Maximiliano em 1924.

29 A doutrina nacional já reconhece os problemas causados pelo uso excessivo de **princípios jurídicos** (que têm se multiplicado geometricamente) na fundamentação das decisões judiciais em substituição a técnicas de interpretação de caráter mais objetivo e reconhecidas internacionalmente. *Vide*, a esse respeito, “Princípio é preguiça”, capítulo de “Direito Administrativo para Céticos”, de Carlos Ari Sundfeld. *Vide* também as obras “Hermenêutica Jurídica e(m) Crise” e “Verdade e Consenso”, de Lênio Luiz Streck.

30 De acordo com o supracitado art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, os documentos que contêm a motivação do ato devem ser disponibilizados logo após a edição do ato. Porém, ainda não há o costume administrativo de divulgar espontaneamente esses documentos, que, de fato, constituem a fundamentação da norma administrativa.

29 de junho de 1965, art. 2º, parágrafo único, *d*: “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”).³¹

O último problema relacionado com a ausência de um processo administrativo é de caráter simbólico. Processo não é apenas um meio estabelecido para se formular algum tipo de decisão. É também um símbolo. Somente há processos formalmente estabelecidos quando existe consenso de que a decisão a ser tomada é socialmente relevante. Se não for, então há um procedimento informal, geralmente sem consequência relevante para a sociedade. **Um processo legalmente estabelecido é um símbolo da importância do seu resultado.** Além disso, politicamente, a formalização de um processo de regulamentação é o reconhecimento de que a regulamentação não só existe e é relevante, mas também é um modo legítimo do processo de formulação de políticas públicas.³²

Referências

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (org.). **Curso de Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (org.). **Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 480-504.

31 “No ordenamento jurídico brasileiro, também é de se aplicar a ideia de que a Administração, uma vez contestado o ato regulatório – seja ele concreto, seja ele normativo abstrato –, deverá comprovar em juízo que empregou a técnica adequada no exame da matéria. Essa exigência, como já notada, é decorrência da necessidade de motivação do ato, que colocará luzes sobre a forma como a Administração, previamente ao exercício da opção discricionária, exerceu sua competência técnica especializada, não sendo a presunção de legitimidade impedimento jurídico para que se determine à Administração que traga aos autos prova do procedimento adotado. Caso assim não se comporte em juízo, e não faça prova de que efetivamente se deteve no exame técnico-científico, o ato impugnado deverá ser anulado por falta de motivação, por manifesta infringência ao disposto no art. 50 da Lei nº 9784, de 1999, bem como ao art. 2º, *d*, da Lei nº 4.717, de 1965, além de ofender o princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV). Sem falar nas disposições contidas no Anexo I do Decreto nº 4.176, de 2002, também já referenciadas, que, entre outras análises prévias à edição do ato, exige apreciação das repercussões do problema no âmbito da economia, da ciência, da técnica e da jurisprudência. Verifica-se, pois, nessa perspectiva, uma espécie de inversão do ônus da prova, pois competirá à Administração comprovar que exerceu adequadamente sua competência discricionária, ou seja, que ponderou efetivamente sobre as possíveis alternativas e apreciou os aspectos técnicos envolvidos” (ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**, p. 232-233).

32 *Vide*, a esse respeito, “Legitimação pelo procedimento”, de Niklas Luhman.

- GORDILLO, Augustin. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I. Parte General. Buenos Aires, F.D.A., 2009.
- LIMA, Rui Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, 2007.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MARTINEZ, Ana Paula. **Análise de Custo-Benefício na Adoção de Políticas Públicas e Desafios Impostos ao Seu Formulador**. Revista de Direito Administrativo, v. 251, Rio de Janeiro, maio-ago. 2009, p. 29-59.
- PENNA, José Osvaldo de Meira Pena. **O Dinossauro**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1988.
- ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SOUSA, Renan Martins de. **A Análise do Impacto Regulatório (AIR) e o Papel do Tribunal de Contas da União na Avaliação da Regulação Setorial**. Revista do TCU, nº 123, ano 44, Brasília, jan.-abr. 2012, p. 102 a 113.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- _____. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

A Relevância do Conceito de Relação Jurídica para a Compreensão da Natureza do Controle Concentrado de Constitucionalidade

Pablo Bezerra Luciano*

Introdução. 1 O caráter social do direito e a vocação à concretude do Judiciário. 2 O conceito de relação jurídica e sua pertinência à atividade jurisdicional. 3 A ausência de relação jurídica no controle concentrado de constitucionalidade: sua natureza política. 4 Impossibilidade de controle de constitucionalidade abstrato pelos órgãos judiciários comuns. Conclusão.

Resumo

Este artigo busca, na Teoria Geral do Direito, o motivo fundamental pelo qual não se admite a generalização do controle abstrato de constitucionalidade de leis pela Justiça comum. Sem descuidar de aspectos específicos da dogmática constitucional brasileira, pretende-se demonstrar que a razão fundamental está no conceito de relação jurídica, que vem a ser um vínculo entre dois ou mais sujeitos ocorrido a partir de um fato ao qual se atribui consequências jurídicas. A ideia de relação jurídica encontra-se na base do trabalho do jurista e constitui o cerne da atividade jurisdicional, o que ressalta a vocação do Judiciário ao campo social e à concretude dos dramas humanos. Entretanto, não existe relação jurídica entre a Constituição e normas legais. Esse é o motivo pelo qual se afirma que não é jurídico, mas político, o controle abstrato de constitucionalidade, ainda quando praticado por órgão do Judiciário.

* O autor é bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba e Procurador do Banco Central do Brasil.

Palavras-chave: Teoria Geral do Direito. Relação jurídica. Função jurisdicional. Controle de constitucionalidade.

Abstract

This article calls on the General Theory of Law to explain the fundamental reason why the generalization of the abstract control of constitutionality of laws by ordinary courts cannot be admitted. Without neglecting specific aspects of Brazilian constitutional dogmatics, the article intends to demonstrate that the fundamental explanation lies in the concept of legal relationship, which is the link between two or more subjects arisen from a fact with legal consequences. The idea of legal relationship is found in the basis of the work done by jurists and also forms the core of the judicial activity, which emphasizes the judiciary's vocation towards the social field and the concreteness of human dramas. Nevertheless, there is no legal relationship between the Constitution and legal norms. This is why it is stated that the abstract control of constitutionality is not legal but political, even if carried out by a judicial body.

Keywords: *General Theory of Law. Legal relationship. Judicial function. Control of constitutionality.*

Introdução

É assente na doutrina e na jurisprudência dos tribunais brasileiros a ideia de que não é possível à generalidade dos órgãos judiciários o exercício do controle abstrato de constitucionalidade das leis. Entende-se que, excetuando-se as vias excepcionais das ações diretas de constitucionalidade, de competência dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, não há espaço para que se reconheça imperatividade aos juízos dos órgãos judiciários sobre a compatibilidade da lei com a Constituição.

Entretanto, a inviabilidade do exercício do controle abstrato de constitucionalidade por parte dos juízos comuns não é uma questão meramente dogmática de competência ou de incompetência.

Apreciado o tema, desde os pressupostos da Teoria Geral do Direito, notar-se-á que é por meio do resgate do conceito de “relação jurídica” que se chegará

ao motivo fundamental pelo qual não faz parte da normalidade da função jurisdicional a averiguação da compatibilidade das leis com a Constituição.

O controle abstrato de constitucionalidade é atividade extraordinária e fundamentalmente política, que não lida com a ideia de “relação jurídica”. Trata-se de técnica não essencial aos Estados constitucionais, que não se relaciona com a vocação do Judiciário de oferecer pacificação a conflitos práticos intersubjetivos.

1 O caráter social do direito e a vocação à concretude do Judiciário

Em regra, por meio do Judiciário, o Estado não se pronuncia imperativamente sobre meros fatos nem sobre relações que não sejam qualificáveis como jurídicas. Ausentes situações concretas e conflitos práticos intersubjetivos, não tem o Judiciário normalmente competência ou atribuição para decidir sobre relações estritamente fáticas, relações entre normas ou relações entre sujeitos abstratamente considerados e normas. A vocação do Judiciário é a concretude e a solução de conflitos práticos e dramas humanos experimentados no mundo, tal como sugerido por Dinamarco (2013, p. 138-139):

Por sua própria natureza e destinação, ela [a jurisdição] é ligada aos conflitos sociais, ou seja, exerce-se sempre em virtude do confronto de duas ou mais pessoas, seja por serem portadoras de aspirações conflitantes, seja por lamentar uma delas alguma lesão sofrida e pretender que se aplique a sanção que indica, seja por não andarem de acordo com os rumos de interesses comuns ou de uma delas etc.; os conflitos são inevitáveis e constituem fato universal na sociedade, constituindo fatores de desagregação e, portanto, obstáculos à consecução do fim último do Estado. Removê-los, remediá-los, sancioná-los, é pois um serviço, ou seja, uma função de extrema relevância social.

Pois dessa destinação do exercício do poder estatal, quando exercido *sub specie jurisdictionis*, decorre uma característica muito visível que é sua imposição a casos concretos. Não é mais lícito pensar nessa concreção como manifestação de restrições individualistas ao exercício da jurisdição (se bem seja assim a estrutura fundamental da sua disciplina positiva ainda em tempos atuais), mas parece indubitável que a **jurisdição não tem vocação às generalizações ou ao abstrato, como é próprio da função**

legislativa: ainda quem creia na criatividade institucionalmente permitida ou confiada ao juiz (e mesmo que aceite a teoria unitária do ordenamento jurídico) não duvida ao ligar rigorosamente a função jurisdicional aos casos concretos. Fala-se no juiz como *law maker*, mas logo em seguida se esclarece que ele exerce sua atividade jurisdicional estritamente com relação a *cases and controversies* e com isso o vocábulo *law* se desvirtua, perdendo as características de abstração e generalidade (grifo nosso).

Essa vocação do Judiciário à emergência de solucionar juridicamente os casos e controvérsias decorre de vários motivos, entre os quais um de extração constitucional: a liberdade de pensamento e de expressão (art. 5º, IV, VI, IX¹, da Constituição da República – CRFB), a indicar que o Estado não pode pretender se apropriar imperativamente, por qualquer de seus poderes, da verdade sobre os fatos ou sobre relações lógicas, físicas, químicas, sociológicas ou puramente normativas.

Além disso, para além da vulneração da liberdade de pensamento e de expressão, se fosse possível ao Estado, ainda que pela via judiciária, impor indistintamente a todos uma visão ou concepção sobre fatos históricos, mesmo que não tenham participado da relação processual, estar-se-ia violando também as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV², da CRFB). Ressaltando a inviabilidade de a coisa julgada abarcar os juízos sobre os fatos, ou sobre qualquer relação que não seja jurídica, dispõe Silva (2005, p. 70):

A regra básica [...] é a de que **apenas as relações jurídicas podem ser objeto de ação declaratória, não os fatos e nem normas legais podem ser objeto desta classe de ações.** Quanto aos fatos, em primeiro lugar porque o juízo sobre um fato jamais assumirá a condição de indiscutibilidade, posto que sobre eles não se forma a coisa julgada (art. 469, II); em segundo lugar, se tal fosse possível, como adverte ANDREA PROTO PISANI, o próprio direito de defesa, assegurado constitucionalmente ao demandado, ficaria

1 Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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

abalado, pois a sentença que proclamasse a existência do fato torná-lo-ia de reconhecimento obrigatório para um número indefinido de futuras ações (grifo nosso).

Assim, com base na compreensão mais abrangente do significado da liberdade de pensamento e de expressão, bem como do contraditório e da ampla defesa, e da ligação da função jurisdicional aos casos concretos, já se infere que não é típica função jurisdicional a fixação de teses abstratas, muito menos a elaboração de normas jurídicas. Normalmente, todo pronunciamento judicial sobre a verdade dos fatos ou sobre teses jurídicas é apenas instrumental ao fim de resolver conflitos práticos intersubjetivos. Somente esses conflitos, em razão da potencialidade de que dispõem para desagregar o tecido social, é que ostentam importância suficiente a justificar uma preocupação estatal no sentido de criar mecanismos para debelá-los, de modo que se contribua para a pacificação social. Outros conflitos, como desavenças sobre fatos históricos ou sobre teses abstratas, são resolvidos em outras searas: pelas várias ciências e pelo debate público de ideias.

Daí porque é inteiramente legítima a discordância e válido o debate promovido pelos indivíduos acerca dos fundamentos das decisões judiciais. O quadrado nunca se tornará círculo por força dos fundamentos de uma decisão do Judiciário. A verdade não transita em julgado; apenas o comando da decisão sobre um conflito prático intersubjetivo tem aptidão para se tornar juridicamente indiscutível.

Essa orientação vale até para os pronunciamentos judiciais sobre a relação de compatibilidade das leis com a Constituição, pois a liberdade de pensamento não encontra nessa relação uma exceção. Pelo contrário, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente um intérprete dessa norma” (HÄRBELE, 1997, p. 15). A interpretação constitucional, em Estados democráticos, há muito deixou de ser uma tarefa a ser exercida exclusivamente por certos e determinados órgãos estatais.

No entanto, antes mesmo dessas questões de direito positivo e dogmático que exigem a circunscrição da autoridade das decisões judiciais exclusivamente ao escopo de resolver dramas humanos, há outro motivo, extraível da Teoria Geral do Direito, que demanda essa solução. Esse motivo, adiante desenvolvido, é suficiente para se perceber que mesmo que não se consagrasse no Brasil

constitucionalmente a liberdade de pensamento e o contraditório, ainda assim a função precípua do Judiciário não poderia ser outra a não ser aquela preordenada a tornar indiscutíveis juridicamente os casos e as controvérsias entre pessoas.

2 O conceito de relação jurídica e sua pertinência à atividade jurisdicional

Não é por acaso que a doutrina processual tanto enfatiza a vocação do judiciário à necessidade de resolver conflitos práticos intersubjetivos. Com efeito, o exercício da função jurisdicional somente deve se ocupar da definição sobre “relações jurídicas”, um dos conceitos mais básicos da Teoria Geral do Direito e de extrema relevância prática para o trabalho do jurista. Trata-se de um dos primeiros materiais de trabalho do profissional do Direito, o qual deve ser bem compreendido e manejado para que qualquer pesquisa jurídica venha a dar resultados minimamente aceitáveis. Não compreendê-lo ou chamar de jurídica uma relação que obviamente não ostenta tal qualidade significa flertar com resultados incoerentes e equivocados.

A propósito do tema, Pontes de Miranda (1999, p. 169-171), no excerto a seguir, bem divisa as características essenciais das relações qualificáveis como jurídicas e as distingue de outras relações destituídas desse predicativo:

Relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica.

[...]

Sempre que a regra jurídica recai sobre relação da vida, diz-se básica ou fundamental a relação jurídica: a incidência da regra jurídica é como sobre pedra angular.

Relações entre coisas. As relações entre coisas, como a de edifício e pertença, não são relações jurídicas; são relações fáticas, concernentes ao objeto dos direitos. O direito não as recebe como relações que se possam juridicizar; porque não são inter-humanas. Essas relações são tratadas como relações referentes ao conceito do objeto de direito, relações fáticas daquilo a que as relações jurídicas aludem. [...] A definição de relação jurídica é de grande importância prática. Um dos exemplos da sua aplicação é a respeito dos pressupostos da ação declaratória comum

(Código de Processo Civil, art. 4º, Parágrafo Único). **Porém a cada passo tem o jurista de invocá-lo. É peça indispensável em toda a sistemática. Falseia-o, de início, quem admite que a relação jurídica possa ser entre pessoa e coisa (grifo nosso).**

Na mesma linha, manifesta-se Gusmão (2011, p. 257-258), para quem é indispensável existirem, ao menos, duas pessoas relacionadas e ocorrer algum evento no mundo para se cogitar de relação jurídica, uma espécie de relação social:

Mas muitas relações sociais estão fora do campo jurídico, sendo controladas pela Moral, pela Religião, pela etiqueta etc. A jurídica, como a definiu Ferrara, vincula duas ou mais pessoas, submetendo-as a consequências jurídicas (obra citada). É assim uma das formas de relação social por se tratar de relação entre pessoas. Portanto, só há relação jurídica entre mais de uma pessoa (ORTOLAN; ROGUIM).

[...]

Assim só pode haver relação jurídica prevista na legislação. Supõe evento jurídico (fato jurídico, ato jurídico ou ato ilícito), previsto em lei, que vincula duas ou mais pessoas juridicamente, podendo uma exigir da outra comportamento típico, determinado ou determinável prestação. Tem objeto (objeto do direito) definível, determinável, que pode ser uma prestação ou uma coisa. Pode ser bilateral, quando formada de duas pessoas, e plurilateral, quando de mais de duas pessoas.

Não discrepa Lima (1980, p. 58-59), para quem a relação jurídica também supõe pluralidade de pessoas e ocorrência de um fato:

Relações jurídicas são relações da vida social, entre pessoas consideradas sujeitos de direito, e cujos efeitos a lei garante.

[...]

A relação jurídica nasce de um acontecimento ou de um fato que a lei considerou, em todas ou em algumas de suas consequências, relevante para a proteção do direito: *ex facto oritur jus*.

[...]

Desse modo, tal como a norma, a relação jurídica é heterônoma, bilateral, externa e coercitiva. Heterônoma porque se impõe às partes em virtude da lei, ainda que decorra da vontade dos interessados, pois, uma vez constituída, passa a ser obrigatória; bilateral porque de um lado é relação de

poder, de outro, relação de dever; é externa porque depende da adequação objetiva da conduta ao fim colimado na relação e não da intenção que inspirou o comportamento; é coercitiva porque produz efeitos mesmo contra a vontade dos interessados (grifo nosso).

Semelhantemente, Vilanova (2000, p. 170-171) pontua que, para além da intersubjetividade, a configuração de uma relação jurídica depende da existência de um fato ou de uma conduta, a significar que não existem relações jurídicas meramente ideais ou em abstrato, *verbis*:

Não se justifica, porém, conceber (como o faz F. Cicala, *Il rapporto giuridico*, p. 14, 17 e 65) a relação jurídica como relação entre o sujeito-de-direito e a norma jurídica. [...] Essa relação é ideal – quer dizer, normativa – e fática. [...]

Em rigor, relação meramente ideal entre homem e norma não é relação jurídica. Sem a ocorrência de *pele menos um* fato, da natureza ou do homem – o homem é tanto natureza quanto cultura: cultura inexistente sem normas, a norma jurídica do direito positivo em vigor não se realiza. Quer dizer, não passa de seu estado ideal de norma para a atuação no mundo. Em outros termos: faltarão o ponto de incidência, o fato que em sua concreção aqui-e-agora corresponda à hipótese (hipótese de incidência, como denominam os tributaristas). V. Del Vecchio, *Justice, droit, État*, p. 225-252.

Nesse sentido, apartando a conduta jurídica da conduta moral, que pertence ao indivíduo exclusivamente, Reale (2002a, p. 685-686), trabalhando com base no conceito de relação jurídica, assenta o caráter eminentemente social e relacional do Direito:

Sendo o ato moral pertinente ao indivíduo em sua essência, em sua dignidade universal de homem, qualquer intromissão externa, obrigando-o a agir, macularia a sua natureza. A possibilidade de coação inexistente no mundo estritamente moral, que quer sempre a adesão espontânea do obrigado, que só assim poderá ser fiel a si mesmo, nota ética fundamental. Em resumo, como o ato moral pertence à instância do sujeito, não é dado a outrem realizar o ato (impossibilidade de substituição) ou coagir o sujeito a praticá-lo (impossibilidade de execução forçada).

A conduta jurídica, ao contrário, não pertence exclusivamente ao indivíduo

como sujeito universal, pois somente é jurídica porque e na medida em que se proporciona a outrem. A exigibilidade do credor só tem significado em confronto com a posição do devedor. Em uma relação jurídica contratual, por exemplo, existem sempre um sujeito que chamamos de ativo, e outro sujeito que denominamos passivo. Essa terminologia gera, muitas vezes, interpretações equívocas. Não é dito que o sujeito passivo não tenha pretensões. [...] O sujeito ativo só o é nos limites da relação, de tal maneira que, quando ele ultrapassa seu âmbito de atributividade, o sujeito passivo torna-se ativo, opondo-lhe um direito seu.

Por que isto é possível? Porque a relação jurídica não pertence ao sujeito ativo, nem tampouco ao passivo, nem pode ser medida pelo ângulo de um ou de outro separadamente. A relação jurídica é algo que supera as pessoas de um e de outro sujeito e se coloca acima deles, unindo-os em um laço de exigibilidades ou de pretensões. **Onde quer que haja fenômeno jurídico, encontramos sempre um nexó transobjetivo, estabelecendo um âmbito de ações possíveis entre ou para dois ou mais sujeitos (grifo nosso).**

Com efeito, ausente uma conduta humana, ou melhor, uma intersubjetividade, não se pode falar em relação jurídica a ser acertada judiciariamente. Por isso, pode-se sustentar que, quando o jurista se coloca a indagar sobre outros tipos de relações, não o faz como jurista. Não existe fenômeno jurídico se em seu alicerce não encontrarmos essa relação intersubjetiva qualificada pelo Direito. A propósito do tema, Reale (2002b, p. 216) assenta que o trabalho do juiz incide exatamente sobre as relações consideradas como jurídicas:

Dois requisitos são, portanto, necessários para que haja uma relação jurídica. Em primeiro lugar, uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem consequências obrigatórias no plano da experiência. **O trabalho do jurista ou do juiz consiste propriamente em qualificar juridicamente as relações sociais de conformidade com o modelo normativo que lhes é próprio (grifo nosso).**

Logo, assentado o caráter social do direito, e tendo em vista que não é jurídica uma relação entre coisas ou entre um sujeito-de-direito e uma norma jurídica, sem a ocorrência de um fato específico, também não é possível sequer cogitar como “relação jurídica” a relação entre a lei e a Constituição. Por isso, é possível

inferir que a relação entre normas não é **declarável** pela generalidade dos órgãos do Poder Judiciário com espeque no disposto no art. 4º, I, do CPC, pois aqui não há, estritamente, uma atividade jurídica. Não é possível se pretender obter do Judiciário um pronunciamento sobre a relação meramente formal ou ideal entre a lei e a Constituição, pois essa relação não se reveste da intersubjetividade, própria das relações jurídicas. Nada há de social nessa questão.

A propósito da impossibilidade de se buscar no Judiciário a declaração sobre o que não seja qualificável como relação jurídica, convém mencionar os comentários de Pontes de Miranda (1973, p. 171-179) à previsão do art. 4º, I, do Código de Processo Civil (CPC):

Desde que no que se quer seja declarado, há relação jurídica, ou poderia haver, e se nega, ou afirma, cabe a ação declarativa. (Aqui, ao falarmos da ação declarativa, só nos referimos à ação declarativa típica: há outras ações declarativas que correspondem a relações jurídicas especiais e excepcionalmente têm objeto que não é relação jurídica.) As relações jurídicas (*e*) são, necessariamente, irradiações de fatos jurídicos (*d*) e em todos os fatos jurídicos há fatos puros, (*c*) que compõem ou entram na composição do suporte fático (*b*) da regra jurídica (*a*). Às vezes, nos julgados, se diz declarar-se (*d*), ou declarar-se o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, mas ao direito, às pretensão, à ação ou à exceção, corresponde relação jurídica, necessariamente, e é isso o que se declara. Os autores de ações declaratórias não raro pedem declaração de (*d*), e são repelidos; outras vezes, de (*c*), e as decisões frisam o erro no pedido (e. g. 3ª Câmara, Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de outubro de 1947, R. dos T., 171, 684; 4ª Câmara Civil, 19 de agosto de 1948, 176, 743). É aconselhável, quando se pede a declaração de (*d*), que o juiz busque, nas postulações ou na discussão posterior, salvar a ação, descobrindo qual a relação jurídica, resultante de (*d*), cuja existência se controverteu. Dificilmente se pede declaração de fato jurídico sem implicitamente se haver aludido a relação jurídica, como acontece com quem pede a declaração da maioria por ter o pai procedido como se ainda houvesse de assistir o filho.

A declaração típica há de ter por fito declarar existência ou inexistência de relação jurídica, quer esteja em causa direito, ou pretensão, ou dever, ou obrigação, quer ação ou exceção. Não pode declarar relação puramente fática (cf. 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de outubro de 1947), salvas a posse e a situação publicística de posseiro de terras do Estado.

[...]

A ação declarativa não cabe para se interpretar a lei: seria absurdo que se confundisse o seu objeto, que é afirmar ou negar a existência da relação jurídica, com o *dicere ius*, que – no sistema jurídico brasileiro – só se tem *incidenter*, ou como premissa dos julgamentos, ainda na espécie do recurso extraordinário, quando a decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal (grifo nosso).

Enfim, é preciso perceber que não é gratuitamente que o CPC, em seu art. 468, estipula que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Esse dispositivo legislado é a lembrança de que o Judiciário tem sua razão de existir no conferir estabilidade jurídica às questões práticas efetivamente pertinentes a uma determinada relação jurídica concreta controvertida (lide), muito embora, na fundamentação, precise lançar mão de juízos de fato, abstrações, generalizações e conceitos que são aplicados à solução do caso *sub judice*. Todavia, essas considerações não recebem aquela nota que é própria (e exclusiva) da função jurisdicional, ou seja, não transitam em julgado. O *dicere ius*, diz Pontes de Miranda, só se tem *incidenter*. Mas não só o *dicere ius*. Todos os demais juízos feitos pelo julgador que não se refiram exclusivamente à definição da relação jurídica controvertida, seja para declará-la, seja para constituí-la, seja para condenar uma parte a uma prestação qualquer em favor da outra, só são feitos *incidenter*, e não correspondem tecnicamente a um exercício de poder estatal, pois não obrigam a ninguém só por si. A propósito, nunca é demais lembrar o que dizia Liebman (2004, p. 111-112) a propósito dos limites objetivos da coisa julgada:

[...] nem todas as questões discutidas e resolvidas constituem coisa julgada. Estão nesse número as que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, tiveram que ser examinadas como premissa lógica da questão principal (questões prejudiciais, propriamente ditas). São elas conhecidas ou apreciadas, mas não decididas, porque nada resolveu o juiz a seu respeito, podendo ser, assim, julgadas livremente em outra causa levada a juízo por outro motivo, continuando em aberto em tudo quanto não foi objeto da lide anterior.

[...]

Assim, antes de se admitir a existência da coisa julgada com base nas questões discutidas, cumpre se tenha em vista a finalidade da própria coisa julgada, que é a de garantir o resultado prático e concreto do processo ou, em outras palavras, o seu efeito, apenas isso, devendo considerar sem relevância a amplitude da matéria lógica discutida e examinada no processo. Pode esta ultrapassar os limites da questão levada a juízo, como pode ficar aquém do que a lide podia comportar, sem que por isso fique alterado o âmbito da coisa julgada. E, para identificar-se o objeto, no sentido técnico, do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário que se lembre que a sentença nada mais é do que a resposta dada pelo juiz ao pedido formulado pelos litigantes e que, assim (afastada a possibilidade excepcional de julgamento *ultra petita*), uma e outra têm os mesmos limites, constituindo por isso os pedidos o mais seguro critério para se fixar os limites da coisa julgada.

Diz-se, então, que limites objetivos da coisa julgada ficam adstringidos à parte dispositiva da sentença (CÂMARA, 2005, p. 476), na qual o Judiciário impõe, imperativamente, a solução do conflito jurídico prático, exatamente porque é nessa parte que o juízo se pronuncia imperativamente sobre a relação jurídica controvertida. Os fundamentos de decidir sobre relações de fato, físicas, químicas, ou teses acadêmicas, e sobre mesmo eventual reconhecimento de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo, não vinculam o juízo, nem mesmo as partes diante das quais é dada alguma sentença³, pois aqui não há, nem pode haver, tecnicamente, uma “declaração judicial”, no sentido técnico da expressão. Daí a sucinta conclusão de Barbosa (1893, p. 124), segundo a qual a “inaplicabilidade do acto inconstitucional do

3 Sobre o tema, calha referir, uma vez mais, o ensinamento de Dinamarco (2009, p. 318-320): “Somente o preceito concreto contido na parte dispositiva das sentenças de mérito fica protegido pela autoridade da coisa julgada material, não os fundamentos em que se apoia. Essa regra é enunciada por exclusão nos três incisos do art. 469 do Código de Processo Civil, segundo os quais não fazem coisa julgada os fundamentos postos na motivação da sentença nem a verdade dos fatos tomada como fundamento da decisão e tampouco a solução dada incidentalmente a eventuais questões prejudiciais (incisos I e III). [...] Ainda quando nada dispusesse a lei de modo explícito, o confinamento da autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da sentença é inerente à própria natureza do instituto e à sua finalidade de evitar conflitos práticos do julgado, não meros conflitos teóricos (CHIOVENDA, LIEBMAN). [...] Até mesmo o fundamento mais importante e indispensável à conclusão a ser tomada na parte dispositiva da sentença permanece livre para nova apreciação judicial, sempre que o objeto do processo seja outro. [...] Evitar conflitos práticos do julgado é o resultado que se coaduna com o escopo pacificador da própria jurisdição, a qual não se exerce para fixar teses jurídicas nem para a descoberta da verdade dos fatos como um objetivo em si próprio. O que importa é pacificar pessoas e eliminar seus conflitos mediante a definição de direitos, obrigações e comportamentos a adotar, sem deixar resíduos da insegurança jurídica que instabiliza relações; a descoberta da verdade mediante a instrução e cognição realizadas no processo não passa de mero instrumento para a busca da justiça nas decisões. Existe um eixo imaginário que liga o pedido posto na demanda inicial e a parte dispositiva da sentença, de modo que o autor pede determinada providência em relação a determinado bem da vida e o juiz lhe responde concedendo ou denegando essa providência. É nessa resposta e não nas razões adotadas pelo juiz para responder, que reside a fórmula de convivência a ser observada pelos sujeitos envolvidos no conflito”.

poder executivo, ou legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em acção adequada e executável entre as partes”.

Reconheça-se, porém, que o ordenamento jurídico admite que, em casos excepcionálíssimos, exerça o Judiciário poder estatal pronunciando-se com “definitividade” sobre relações não jurídicas, a exemplo do pedido de declaração de autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º, II, do CPC⁴), da “acção de demarcatória”, e a “acção de posse em nome de nascituro”, como sugere a doutrina do processo civil:

A sentença meramente declaratória é a que contém, apenas, o acertamento da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento. É de se notar que o ordenamento jurídico não admite, como regra, que se tenha sentença cujo conteúdo seja a mera declaração de um fato. Apenas a existência (ou a inexistência) de uma relação jurídica pode ser objeto de uma sentença de mero acertamento. Costuma-se dizer que a única exceção a essa regra é a autenticidade ou falsidade de documento, expressamente admitida por lei (art. 4º, II, CPC). Há, porém, algumas outras exceções, como a sentença que, em “acção demarcatória”, torna certo o lugar onde se encontra o limite entre dois imóveis, ou a sentença que, no procedimento da posse em nome do nascituro, afirma a existência de um estado de gravidez (CÂMARA, 2005, p. 441).

A exceção, no caso, confirma a regra. Apenas nos casos excepcionalmente previstos em lei pode o Judiciário decidir, com imperatividade, sobre questões que não configurem propriamente uma relação jurídica. Quanto à generalidade dos casos, exige-se para o proceder jurisdicional a alegação da ocorrência de lesão ou de ameaça a direito, isto é, um conflito intersubjetivo qualificável pela ordem jurídica, tal como já tivemos oportunidade de sustentar:

Sobrevindo a nova ordem constitucional, excluiu-se radicalmente a possibilidade de a lei condicionar o acesso ao judiciário ao esgotamento das vias administrativas. Diz-se, hoje, apenas que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da Constituição). No entanto, permanece em vigor no ordenamento

4 Art. 4º – O interesse do autor pode limitar-se à declaração: [...] II – da autenticidade ou falsidade de documento.

jurídico brasileiro, tanto quanto na década de 1980, o art. 3º do CPC, que institui como requisitos para apreciação do mérito dos processos o “interesse e a legitimidade”.

Sobre o chamado “interesse de agir” rios de tinta já foram escritos pela doutrina processual, e não convém, nessa oportunidade, tecer maiores digressões. Em suma, trata-se de explicitar a ideia de que o Judiciário só há de se preocupar com efetivos dramas humanos que não podem ou não foram satisfeitos espontaneamente no seio da sociedade. O processo há de ser, enfim, um meio necessário à solução de conflitos, ou seja, voltado a tutelar lesões ou ameaças de lesões a direitos (LUCIANO, 2013).

Há, de fato, um caráter dúplice na garantia constante do art. 5º, XXXV⁵, da Constituição. Trata-se de uma proibição a que se embarace o trabalho do Judiciário, que sempre terá suas portas abertas ao tratamento jurídico de conflitos jurídicos intersubjetivos. Essa é a acepção mais amplamente difundida de seu sentido. Ao mesmo tempo, trata-se de norma que fecha as portas do Judiciário a outros tipos de conflitos e relações que não ostentam o caráter jurídico. Em outras palavras, em linha de princípio, sem lesão ou sem ameaça a direito, isto é, sem uma relação jurídica controvertida, não há espaço para a jurisdição.

Com efeito, na linha da já destacada lição de Pontes de Miranda (1999, p. 171), a ideia de relação jurídica, extraível da Teoria Geral do Direito, é de grande relevância prática. Trata-se de um fundamento básico ao qual o jurista tem o dever de retornar a cada passo para construir juízos mais sólidos sobre suas indagações. E não é diferente com a questão do controle de constitucionalidade, conforme se detalhará adiante.

3 A ausência de relação jurídica no controle concentrado de constitucionalidade: sua natureza política

No ordenamento jurídico brasileiro, outra exceção pertinente à linha de princípio segundo a qual não se pronuncia o Judiciário sobre relações não qualificáveis como “jurídicas” está nas assim chamadas “ações de controle

5 XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

concentrado de constitucionalidade” (CRFB, art. 102, I, “a”, e § 1º⁶), nas quais o Supremo Tribunal Federal (STF) avalia, abstratamente, a compatibilidade entre normas infraconstitucionais e a Lei Maior. Sem perquirir sobre fatos específicos e sem debater sobre intersubjetividade, trata-se de exercício de uma atividade de natureza essencialmente política, tal como entendido pelo Min. Aliomar Baleeiro em voto proferido na Representação nº 770:

Sr. Presidente, *data venia* do eminente Sr. Ministro Aducto Cardoso, discordo. S. Exª ponderou que a temperatura tem sido horrível, em Brasília, nestes dias, e que a pressão atmosférica e outras pressões tornariam difícil este julgamento.

A temperatura de Brasília pode variar e a pressão atmosférica e o grau higroscópico, também. Mas as questões constitucionais – por isso que são questões políticas – fazem subir a temperatura, normalmente e também sofrem a pressão ambiente. É o clima natural de qualquer órgão jurisdicional que tenha de resolver problemas de constitucionalidade de lei. A vida inteira, enquanto o Supremo Tribunal Federal decidir questões políticas – e política é toda a questão que diz se vale ou não vale determinada lei, em face da Constituição – ele tem de sofrer essas pressões climáticas todas.

(Rp 770, Rel: Min. Djaci Falcão, Tribunal Pleno, julgado em 26/2/1969, DJ 17/10/1969, trecho do voto do Min. Aliomar Baleeiro, grifo nosso).

Embora as condições climáticas hajam mudado em Brasília desde o julgamento acima referido, é certo que, ainda hoje, quando se averigua abstratamente a validade de uma lei, isto é, de um ato do Parlamento, ante a Constituição, está-se diante de uma questão marcadamente política em torno da qual pairam toda a sorte de pressões e eventos climáticos, sobretudo diante da inexistência de relações jurídicas específicas na discussão⁷. É possível sustentar

6 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

7 No sentido do texto, destaca Bonavides (2013, p. 310) que o “controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria de regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais. É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui o desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial”.

então que apenas por uma metonímia desgastada se pode falar em controle abstrato de constitucionalidade, de **feição jurisdicional**. Ainda quando exercido por um órgão integrante do Poder Judiciário, essa modalidade de controle não perde sua **natureza política**⁸. Por isso, é de todo conveniente que, instituído num ordenamento jurídico o controle em abstrato de constitucionalidade, seja reservado a único e exclusivo órgão, dotado das mais amplas garantias e foco da mais irrestrita fiscalização, sob pena de se desnaturar a soberania popular e a separação de poderes.

A propósito, é digno de destaque que Cappelletti (1992, p. 89-90) ressalte a existência de doutrina de relevo para a qual a mera atividade de interpretação da norma constitucional se desgarrar em larga medida daquela desempenhada pelos juízes comuns:

A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela natureza mesma desta norma, é, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, *lato sensu*, equitativa. Ela é, em suma, uma atividade mais próxima, às vezes – pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e a responsabilidade das escolhas que ela necessariamente implica – da atividade do legislador e do homem de governo que da dos juízes comuns: de maneira que pode-se bem compreender como Kelsen na Áustria, Calamandrei na Itália e outros não poucos estudiosos tenham considerado, ainda que erradamente, em minha opinião, dever falar aqui de uma atividade legislativa (“Gesetzgebung” ou, pelo menos, “negative Gesetzgebung”) antes que de uma atividade de natureza propriamente jurisdicional.

Mais adiante, na mesma obra, Cappelletti (1992, p. 114) admite que o controle concentrado de constitucionalidade comporta uma “coloração política”:

8 Discorrendo sobre questão assemelhada, qual seja, a natureza da atividade jurisdicional com referência ao comportamento dos agentes públicos, Calmon de Passos (2014, p. 473) destaca que “aqui o político sobre-excede em tudo”. Para o autor, quando o Judiciário se coloca a apreciar o agir administrativo, o “que se coloca em jogo, aqui, é o respeito à Constituição, por conseguinte é a fidelidade às opções políticas que o povo, por seus representantes, definiu. O que se assegura é a efetividade da ordem jurídica como um todo, nas linhas mestras fundamentais que a informam. O particular sempre se minimiza em face do mais geral e abrangente, do institucional. Por força disso, o magistrado responsável pela administração da justiça nesse campo, tem de ser figura bem diversa daquele outro (refere-se aos juízes que lidam com conflitos entre os particulares). Ele é muito mais do que aqueles um homem público”. Assim, se há elevada carga política na apreciação pelo Judiciário do agir administrativo, maior ainda será essa carga na apreciação daquelas questões, muito mais abrangentes que surgem do relacionamento lei-Constituição.

O controle judicial de constitucionalidade das leis sempre é destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração “política” mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa, criativa intervenção das Cortes, investidas daquela função de controle, na dialética das forças políticas do Estado.

Na esteira de Calamandrei e de Kelsen, é forçoso reconhecer que é excepcional o controle abstrato de constitucionalidade no conjunto de atribuições consignadas à generalidade dos órgãos do Judiciário. Mais do que revestido de uma mera “coloração política”, é marcadamente político o controle concentrado de constitucionalidade, seja ele praticado por um órgão integrante do Judiciário, seja não. Dada a inexistência de relação jurídica nesse tipo de procedimento, o jurídico é acidental; o político, ao contrário, é proeminente. Por isso, é natural que se exija de quem exerça o controle abstrato de constitucionalidade outro tipo de formação, muito mais abrangente, não meramente focalizada no direito, e outro tipo de sensibilidade, não meramente focalizada nas questões da sociabilidade humana.

Nesse sentido, destaca-se que o Min. Aliomar Baleeiro, pronunciando-se sobre a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965, assentou a impropriedade de utilização dos termos “ação” e “processo” para o procedimento recentemente adotado pelo país:

O sr. Ministro Eloy da Rocha tocou num ponto também político, quando disse que isso a que o meu eminente mestre de Processo, professor Amaral Santos, chama de “ação direta”, não era uma ação direta. Era algo diferente. Foi sempre a mesma ideia que eu tive. Essa coisa de, por um processo de representação encaminhado pelo Procurador Geral da República, segundo a Constituição de 1946, poder o Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de uma lei estadual e hoje, depois da Emenda 16, uma lei federal, – para mim não é uma ação.

[...]

Para mim não é uma ação, no sentido clássico, genuíno do Direito Processual. Para mim é uma instituição de caráter político, à semelhança do *impeachment*, que, por mais que queiramos por dentro do Processo Penal, não é processo penal. É uma medida política, pouco importando que ela adote alguns dos ingredientes processualistas, como há exemplo do Direito Administrativo, que se socorre de recursos do Direito Comercial ou Civil, a mesma coisa fazendo o Financeiro em relação ao Direito Privado.

(Rp 700 AgR, Relator: Min. Victor Nunes, Relator p/ Acórdão: Min. Amaral Santos, Pleno, julgado em 8/11/1967, DJ 28/6/1968, trecho do voto do Min. Aliomar Baleeiro)

É preciso reconhecer que, no Brasil, à míngua de previsão legal ou constitucional, nenhum outro órgão judiciário – tirante o STF nas ações de controle abstrato de constitucionalidade – pode decidir, de modo impositivo, sobre relações entre a Constituição e a lei, pois essas relações não qualificáveis pela Teoria Geral do Direito como jurídicas.

4 Impossibilidade de controle de constitucionalidade abstrato pelos órgãos judiciários comuns

É natural que, numa demanda concreta, presente alguma relação jurídica, em sede de controle de constitucionalidade dito “incidental”, “difuso” ou “concreto”, podem as partes debater e o Judiciário averiguar a compatibilidade da lei com a Constituição, quando essa questão for relevante para a decisão. Em tal hipótese não haverá, propriamente, decisão imperativa acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma. Não haverá anulação da norma, mas, apenas, reconhecimento pelo juízo de sua não aplicação ao caso concreto nas razões de decidir. Não haverá tecnicamente “declaração” de inconstitucionalidade. Qualquer afirmação que o Judiciário faça nos fundamentos de uma sentença a respeito da constitucionalidade das leis jamais alcançará a autoridade da coisa julgada (CPC, art. 468), pois nunca é demais repetir: a nobilíssima vocação do Judiciário, indissociável da ideia de relação jurídica, é a de resolver impositivamente dramas humanos e conflitos práticos, concorrendo para a pacificação social. Não é outra a lição da doutrina:

A tutela declaratória que as sentenças meramente declaratórias oferecem está afirmada em seu tópico dispositivo e não entre os fundamentos (motivação) da decisão tomada (CPC, art. 458, II, III).

Em toda espécie de sentença a motivação inclui corriqueiramente a afirmação da ocorrência de fatos, conclusões do juiz sobre o estado de uma coisa, interpretação de leis ou contratos etc. – porque é ali que ele enfrenta e

resolve as dúvidas sobre fatos ou sobre as teses jurídicas (art. 458, II). Essas declarações, todavia, constituem meros suportes lógicos da conclusão do juiz sobre a concreta existência de um dado direito, obrigação, dever ou relação jurídica. Na parte dispositiva da sentença é que reside a resposta do juiz ao pedido feito pelo autor, dando-lhe ou negando-lhe a tutela jurisdicional postulada (procedência ou improcedência – art. 458, III); na motivação, o juiz aprecia os fundamentos postos pela demanda inicial, pela defesa e pelas reflexões dele próprio. As afirmações ou negações postas na motivação da sentença constituem declarações incidentes, ou pronunciadas *incidenter tantum*; aquelas contidas na parte dispositiva são emitidas *principaliter*, ou seja, em caráter principal. **A tutela jurisdicional é oferecida mediante estas, que tem caráter prático ao consistirem em concretos preceitos imperativos a serem observados pelas partes em suas relações no mundo exterior. Aquelas, ou seja, as declarações que não passam de fundamentos, são de natureza histórica, teórica ou conceitual: exercem mera função instrumental e têm a finalidade de preparar e justificar a conclusão a ser tomada na parte dispositiva.** Obviamente, também as sentenças meramente declaratórias devem ser motivadas e por isso contêm sempre alguma declaração incidente (em seus fundamentos) (DINAMARCO, 2009, p. 225, grifo nosso).

Portanto, o assim chamado “controle” jurisdicional incidental, concreto ou difuso de constitucionalidade, em verdade, sequer merece ser assim chamado, pois o juízo feito sobre a inadequação da lei ante a Constituição nem mesmo vincula as próprias partes em face das quais é dada alguma sentença. Trata-se de um juízo meramente secundário e instrumental ao escopo de pacificar uma dada relação jurídica controvertida. Em outras palavras, o que se “controla” não é a constitucionalidade, mas a própria relação jurídica controvertida no dito “controle” jurisdicional incidental, concreto ou difuso de constitucionalidade. A dicção “controle de constitucionalidade”, em tal caso, por encerrar uma clara confusão entre objeto e fundamento (ou entre pedido e causa de pedir), pouco contribui para uma boa compreensão do fenômeno que possibilita a generalidade dos juízes negarem a dar cumprimento a leis que reputeem inconstitucionais.

A propósito, ainda no século XIX, Barbosa (1893, p. 96-97), numa época em que só se conhecia o “controle” dito difuso, incidental ou concreto de constitucionalidade, defendia a ideia de que os tribunais não poderiam “revogar” atos de outros poderes:

Qualquer estudante dos manuaes de direito constitucional, que nas escolas americanas, se distribuem ás crianças, tem noção de que o poder judiciario não *revoga* actos de outro poder. [...] Não é somente contra as deliberações politicas, da administração, ou do Congresso, que os tribunaes não dispõem de auctoridade revogatoria. Os tribunaes só revogam sentenças de tribunaes. O que elles fazem aos actos inconstitucionaes de outros poderes é coisa technicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos actos do executivo; mas a cada individuo, por elles aggravado, que vem requerer contra elles protecção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem á lei, violada pelo governo, ou á Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir e deferir (grifo do autor).

Com efeito, a partir do momento em que um dado Estado organiza-se sob um manto constitucional, admitindo-se a prevalência da Constituição sobre a legislação ordinária, é natural⁹ que os juízes comuns, nas variadas demandas concretas, possam deixar de aplicar leis que considerem inconstitucionais. Essa atividade de desvelar a norma jurídica mais adequada para reger uma dada relação jurídica, envolvendo até mesmo opiniões dos juízes acerca da prevalência da Constituição sobre determinada lei, insere-se dentro da normalidade do exercício da função jurisdicional, que não significa um poder assemelhado ao de revogação de leis.

O mesmo não se pode dizer, entretanto, do controle de constitucionalidade abstrato, que demanda algo mais do que a simples admissão da tese da prevalência da Constituição sobre as leis. Isso é, não se trata de uma decorrência natural da organização de um Estado sob os auspícios de uma Constituição. Para que esse controle seja possível, é preciso que haja uma norma atributiva dessa competência a um órgão destinado a assegurar a prevalência da Constituição, pois essa atividade, que não se confunde com a apreciação de relações jurídicas, não é conatural à função jurisdicional.

9 Cappelletti (1992, p. 109) relata que, em alguns países, os juízes comuns estão submetidos a um sistema que os proíbe de exercerem individualmente mesmo o dito “controle” de constitucionalidade difuso ou concreto. Segundo o autor, na Itália e na Alemanha, quando um juiz se coloca diante de uma lei que considera inconstitucional, deve levar essa questão à deliberação da Corte Constitucional, cujo julgamento terá eficácia vinculatória.

Essa é a razão que está por trás do entendimento de que não é possível, para além das hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade, posicionar o debate da compatibilidade da lei com a Constituição como objeto principal da demanda, ou declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo nos dispositivos de sentenças proferidas pelos juízos comuns. Do contrário, os juízes comuns passariam a declarar a invalidade de uma relação não compreendida dentro do conceito de “relação jurídica”. Silva (2007, p. 121), por exemplo, não descarta da impropriedade da ação popular para se promover o controle abstrato de normas. *Verbis*:

Aparece, assim, a ação popular como meio hábil a provocar o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

A tese é, portanto, no sentido de que, pela ação popular, podem ser atacados leis e atos padecentes do vício de inconstitucionalidade, desde que concomitantemente lesivos a qualquer daqueles bens indicados no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição.

Nesse particular, o remédio poderia e poderá ser rico de perspectivas, com características marcantes de controle de constitucionalidade dos atos do poder público, desde que sejam lesivos aos mencionados bens. **O autor popular não impugnará a constitucionalidade da lei ou do ato por via de exceção, num processo em que seja interessado pessoal, mas não se trata de ação direta de inconstitucionalidade, como estava dito na primeira edição deste livro, porque ele não ataca a lei, em abstrato, ele ataca a lesividade que decorre dela.** A arguição de inconstitucionalidade, então, tem por objetivo mostrar a invalidade do ato lesivo (grifo nosso).

Do mesmo modo, contra a viabilidade de controle de constitucionalidade abstrato de normas por meio de ação popular, vem-se reconhecendo torrencialmente no STF desde, pelo menos, a década de 1960 e sobretudo depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, ao lado da representação interventiva, o controle abstrato de normas estaduais e federais, sob a forma de representação promovida pelo Procurador-Geral da República. Mesmo sem entrar no mérito da inexistência de relação jurídica em debate nas representações de inconstitucionalidade, o STF construiu esse entendimento pautado na percepção de que a tarefa de controlar a constitucionalidade de leis é sobretudo política, e não jurídica.

Com efeito, no Recurso em Mandado de Segurança nº 9.973, Rel. Min. Victor Nunes, o STF, na sessão de 30 de junho de 1962, arrematou que “não cabe mandado de segurança contra lei em tese” (DJ 6/9/1962). Subsequentemente, após reiterados julgamentos nesse mesmo sentido, o Tribunal publicou o enunciado nº 266 de sua Súmula na Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963, com a redação “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

Após a instituição do controle concentrado de constitucionalidade, pela EC nº 16, de 1965, o STF, assentando a regra da impossibilidade de pronunciamentos abstratos pelo Judiciário, manifestou-se pelo descabimento de mandado de segurança para questionar em tese a incompatibilidade da lei com a Constituição, a exemplo do que se colhe da ementa que segue:

DESCABIMENTO DO ‘WRIT’ QUANDO NÃO SE PRETENDE PROTEÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO CONTRA ATO CONCRETO (OU OMISSÃO DELE) QUE AFETE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS, POR PARTE DE AUTORIDADE ACUSADA DA PRÁTICA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. – IMPOSSIBILIDADE DE PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS ‘IN THESIS’ FORA DAS HIPÓTESES DO ART. 7., VII COMBINADO COM O ART. 8., PARÁGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO DE 46 E BEM ASSIM DO ART. 101, I, ‘K’ DA MESMA CONSTITUIÇÃO, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 2. DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16. RESISTÊNCIA DO EXECUTIVO A OBSERVÂNCIA DE NORMA QUE REPUTA INCONSTITUCIONAL; SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA N. 16 QUE CRIOU INSTRUMENTO JUDICIAL CORRETIVO E RÁPIDO PARA ASSEGURAR A PREDOMINÂNCIA DO ESTATUTO SUPREMO SOBRE A NORMA OU O ATO ATENTATORIO DO SEU TEXTO.

(MS 16003, Relator(a): Min. Prado Kelly, Pleno, julgado em 30/11/1966, DJ 20/10/1967 PP-03425 EMENT VOL-00707-01 PP-00152 RTJ VOL-00043-03 PP-00359)

Já no Recurso Extraordinário nº 65.838/MG, tirado, nos dizeres do Relator, Min. Aliomar Baleeiro, de uma “ação declaratória, cumulada com popular, contra o Executivo e o Legislativo de Conquista-MG” com o propósito de “anular, por falta de *quorum*, todas as sessões e resoluções tomadas de novembro a dezembro de 1962 e janeiro de 63, pela Câmara Municipal, especialmente leis e atos deste

período”, num acórdão curtíssimo, decidiu o STF, na sessão de julgamento de 9 de maio de 1969, em remissão ao parecer lançado pela Procuradoria-Geral, que a ação declaratória não é o meio para se obter a decretação de inconstitucionalidade de lei em tese. A ementa pertinente é a que segue:

ACÇÃO POPULAR E DECLARATÓRIA. NÃO É MEIO DE INVALIDAR LANÇAMENTOS FISCAIS E DE PRETENDER A DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI EM TESE.

(RE 65838, Relator(a): Min. Aliomar Baleeiro, Primeira Turma, julgado em 9/5/1969, DJ 8/8/1969).

Posteriormente, já na década de 2000, a exemplo do que se colhe do julgado abaixo indicado, o STF ressaltou que “atos em tese”, ou seja, puras abstrações ou não atos, não podem ser sindicados por nenhuma outra via a não ser aquela pertinente à ação de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade:

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO, EM CARÁTER PREVENTIVO, CONTRA FUTURA APLICAÇÃO DE NORMAS CONSTANTES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – IMPETRAÇÃO CONTRA ATO EM TESE – INADMISSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF – QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DO NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, RESTANDO PREJUDICADA, EM CONSEQUÊNCIA, A APRECIACÃO DO RECURSO DE AGRAVO. – Os princípios básicos que regem o mandado de segurança individual informam e condicionam, no plano jurídico-processual, a utilização do “writ” mandamental coletivo. – Não se revelam sindicáveis, pela via jurídico-processual do mandado de segurança, os atos em tese, assim considerados aqueles – como as leis ou os seus equivalentes constitucionais – que dispõem sobre situações gerais e impessoais, que têm alcance genérico e que disciplinam hipóteses neles abstratamente previstas. Súmula 266/STF. Precedentes. – O mandado de segurança não se qualifica como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, não podendo ser utilizado, em consequência, como instrumento de controle abstrato da validade constitucional das leis e dos atos normativos em geral. Precedentes.

(MS 23785 AgR-QO, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 5/9/2002, DJ 27/10/2006 PP-00031 EMENT VOL-02253-02 PP-00240 RTJ VOL-00201-01 PP-000150 LEXSTF v. 29, nº 337, 2007, p. 154-160)

É tamanho o repúdio do STF a pretensões de utilização de qualquer meio processual, a par das ações diretas de inconstitucionalidade, para se postular a declaração de invalidade de leis em tese, que não faltam nem mesmo acórdãos em reclamações que reconhecem tentativa de usurpação de sua competência, a exemplo do julgado abaixo ementado:

Reclamação: procedência: usurpação da competência do STF (CF, art. 102, I, a). Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal.

(Rcl 2224, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 26/10/2005, DJ 10/2/2006 PP-00006 EMENT VOL-02220-01 PP-00076 RDDP nº 37, 2006, p. 126-130 LEXSTF v. 28, nº 326, 2006, p. 217-225)

No mais, é interessante a lembrança do julgado a seguir, no qual o STF resolveu extinguir uma ação civil pública, sem exame do mérito, numa hipótese em que, afastados corréus, na demanda só sobejou a unidade da Federação responsável pela edição do ato normativo. Inexistente a nota da intersubjetividade, característica básica das relações jurídicas sindicáveis pelo Judiciário, interdita-se a declaração de inconstitucionalidade em abstrato de normas, exceto pela via excepcional das ações diretas. Segue a ementa pertinente:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – EXCLUSÃO DE CORRÉUS – PERMANÊNCIA DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. Ante o afastamento dos demais corréus, ganha contornos de controle concentrado de constitucionalidade ação civil pública, no que apenas sobeja a inconstitucionalidade de ato normativo. Ausência de enquadramento da espécie em precedente do Tribunal acerca do controle difuso, passível de ocorrer no âmbito da citada ação.

(RE nº 503.630, AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 20/8/2013, DJe-181 de 13/9/2013)

Segue-se que, existindo o descasamento entre o meio abstratamente previsto para se obter um dado provimento judicial e aquele escolhido pelo demandante,

costuma-se reconhecê-lo como carente de ação, por ausência de interesse de agir (CPC, art. 3º¹⁰), na modalidade “interesse-adequação”. Sendo assim, à míngua de relação jurídica qualificável jurisdicionalmente, toda e qualquer demanda que envolva pretensão de glosa de lei por inconstitucionalidade em sede ação civil pública, de ação popular, de mandado de segurança coletivo ou outro meio processual, há de ser rejeitada liminarmente pelos órgãos do Poder Judiciário, com amparo no permissivo do inciso VI do art. 267 do CPC, pois apenas excepcionalmente se outorgou aos juízes a tarefa **política** de averiguar a compatibilidade da lei com a Constituição.

É o conceito de relação jurídica, tal qual propugnado pela Teoria Geral do Direito, ao qual o jurista tem o dever de retornar a cada passo de suas investigações, que está por trás dos termos da Súmula nº 266 do STF, que revela que não há tecnicamente “controle” difuso ou incidental de constitucionalidade de leis praticado pelos órgãos da justiça comum. É a ideia de relação jurídica, enfim, que pronuncia o matiz político do controle abstrato de constitucionalidade, e que expõe a extrema excepcionalidade do controle abstrato de constitucionalidade no rol de competências atribuídas ao Judiciário.

Conclusão

Não se ignora nem se coloca em dúvida que a lei não poderá excluir de apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Trata-se de uma enfática garantia constitucional que, ao tempo em que abre as portas do Judiciário para a recepção e tratamento jurídico de dramas e conflitos intersubjetivos, fecha essas mesmas portas para aquelas relações que, destituídas do caráter jurídico, não podem ser apreciadas pela generalidade dos órgãos judiciários.

Com o resgate da utilidade do conceito de relação jurídica, compreendem-se as razões primeiras pelas quais não é função típica do Judiciário apreciar adequação da lei à Constituição. Vocacionado ao social, isto é, à apreciação das questões conflituosas que emergem no desenrolar do cotidiano entre sujeitos de direito, o Judiciário, de regra, não deve se imiscuir em questões um tanto mais

10 Art. 3º – Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

amplas, como aquelas que dizem respeito aos destinos da nação. Aqui, não há o social, típico das relações jurídicas, mas apenas o político, pertinente à dinâmica da *polis*.

Não é, em verdade, de **competência** o motivo central pelo qual outros órgãos jurisdicionais estejam impossibilitados de dizer, com caráter de imperatividade, sobre a compatibilidade da lei com a Constituição. Em outras palavras, não é apenas pela circunstância de nosso ordenamento jurídico prever um órgão específico, integrante do Poder Judiciário, para exercitar o controle concentrado de constitucionalidade de leis, que não possam os demais órgãos judiciais exercer essa competência. Outra é a justificativa mais fundamental. Antes mesmo de se cogitar da competência, é preciso perceber que a questão de adequação das leis com a Constituição, por não envolver uma relação jurídica, a matéria-prima do labor do jurista, naturalmente não pode ser objeto de enunciação imperativa por parte da generalidade dos órgãos jurisdicionais.

A ausência de concretude e do caráter social nas discussões sobre a compatibilidade da lei com a Constituição revela que será sempre político esse controle, independentemente da inserção topográfica no rol de poderes e funções estatais do órgão encarregado de realizar o controle de constitucionalidade em abstrato. É dizer: a relação entre a lei e a Constituição não varia de natureza, na medida em que varia o órgão estatal incumbido de averiguá-la.

Sendo sempre de matiz político o controle abstrato de constitucionalidade das leis, é de todo conveniente que o órgão incumbido de fazê-lo, mais do que versado em elegantes questões de direito, seja dotado da mais ampla sabedoria e sensibilidade políticas.

Referências

BARBOSA, Rui. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rp** nº 770, DJ 26/2/1969.

Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263596>>. Acesso em 29 de maio 2015.

_____. _____. **Rp nº 700 AgR**, DJ 28/6/1968. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=24993>>. Acesso em 29 de maio 2015.

_____. _____. **RMS nº 9.973**. DJ 6/9/1962. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=109133>>. Acesso em 29 de maio 2015.

_____. _____. **MS nº 16.003**. DJ 20/10/1967. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84364>>. Acesso em 29 de maio 2015.

_____. _____. **RE nº 65.838**. DJ 8/8/1969. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=162430>>. Acesso em 29 de maio 2015.

_____. _____. **MS 23.785 AgR-QO**. DJ 27/7/2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388728>>. Acesso em 29 de maio 2015.

_____. _____. **Rcl nº 2.224**. DJ 10/2/2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365570>>. Acesso em 29 de maio 2015.

_____. _____. **RE nº 503.630**. DJ 13/9/2013. Disponível <em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4527399>>. Acesso em 29 de maio 2015.

CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Ensaios e Artigos**. V.1. Salvador: JusPodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 44. ed. São Paulo: Forense, 2011.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999.

LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

LUCIANO, Pablo Bezerra. **O Interesse de Agir em Demandas Previdenciárias**. Consultor Jurídico, 8 de novembro de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-08/pablo-luciano-tfr-stf-interesse-agir-demandas-previdenciarias>>. Acesso em: 29 de maio 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.1. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

A Ordem Econômica Internacional e o Contexto da Norma Jurídica Constitucional

Antonio Fernando Monteiro Garcia*

Introdução. 1 O Estado brasileiro e as percepções constitucionais no Direito Econômico. 2 Escorço da ordem econômica internacional gerada por Bretton Woods. 3 A tangibilidade da ordem econômica internacional no contexto transnacional. 4 A intangibilidade da ordem econômica internacional no contexto transnacional. Conclusão.

Resumo

A ordem econômica internacional mostra-se como alternativa de solução para a sociedade do bem-estar brasileiro. Nesse sentido, apresenta-se de maneira fundamental a importância da análise da norma jurídica ante a percepção da norma constitucional brasileira, na aplicabilidade da dinâmica dos fluxos de transações do capital e do comércio internacional, que circulam pelos países ocidentais. Aliado a esses fatores, busca-se, tomando como ponto de partida a Conferência de Bretton Woods, a elaboração do escorço histórico desse evento que anunciou o fim da conversibilidade em relação ao ouro no padrão monetário. Após perquirir a referida estrutura da tangibilidade e intangibilidade da ordem econômica internacional no contexto transnacional, partiu-se para a compreensão da viabilidade dos ajustes de natureza jurídica, de modo que se evitem os riscos globais e se assegure a estabilidade da sociedade moderna.

* Doutorando da Universidade do Vale do Itajaí, mestre em Ciência Jurídica; especialista em Direito do Trabalho; professor licenciado da Faculdade Cenecista de Joinville, das disciplinas de Direito Empresarial I e Direito Econômico, nos cursos de graduação e pós-graduação; ex-professor da Universidade Católica de Brasília no curso de Direito das disciplinas de Direito Empresarial II e III; e gerente jurídico regional da Assessoria Jurídica do Banco do Brasil S.A., no estado do Rio Grande do Sul.

Para tanto, utiliza-se, na presente pesquisa científica, o método indutivo com análise bibliográfica.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Ordem Econômica Internacional. Direito Econômico. Transnacionalismo. Regime de Comércio Internacional.

International Economic Order and the Context of Constitutional Legal Standard

Abstract

The international economic order it's presented as an alternative solution to Brazilian society well-being. In this sense it's fundamental to the importance of juridical analysis norm in light of the Brazilian constitutional law perception, the applicability of flow dynamics capital transaction, and international trade, circulating through Western countries. Along with these factors, is sought from the Bretton Woods conference the development of historical foreshortening of this event, which announced the end of convertibility in relation with the gold in monetary standard. After, it will be to assert said structure of the tangibility and intangibility of the international economic order in transnational context, goes to viability understanding of legal settings, in order to avoid global risks and ensure the stability of modern society. Therefore, it is used in this scientific research the inductive method with literature review.

Key-words: *Constitutionalism, International Economic Order, Economic Law, Transnationalism, International Trade Regime.*

Introdução

O Estado vem assumindo, no correr deste século, expressivo papel no relacionamento entre o domínio jurídico e o econômico. Hoje, essa atuação, aceita pacificamente, passou a ser questionada. Qual é o papel do Estado na

realização do fenômeno econômico? Qual será o futuro do Estado numa economia de mercado?

A indagação deverá ser feita com maior abrangência, para se ter uma visão mais completa da questão, a levar em conta que o fenômeno jurídico, tanto quanto o econômico, não se restringe a contornos lógicos, mas se amolda à vivência histórica, ou seja, o relacionamento entre direito e economia não pode explicar-se somente à luz da lógica formal, mas também da experiência vivida.

O presente artigo científico inicia-se com alguma forma de avaliar o contexto histórico da ordem econômica internacional e procura estabelecer um conjunto de circunstâncias que sirvam como referencial e como limites para o conhecimento do impacto que o mundo globalizado provoca no dia a dia dos países ocidentais, considerando até mesmo as ideias perpetuadas *in memoriam* de Osvaldo Ferreira de Melo (1998):

Sabe-se que, naquele momento, não se pode ir além de normas programáticas e de mera declaração da intencionalidade, pelo reconhecimento de que os países em desenvolvimento não poderiam assumir, sem riscos de inexecutabilidade, quaisquer garantias quanto aos chamados direitos sociais, econômicos e culturais. Por isso esse pacto não fixou prazos e faz referências realísticas à necessidade do “empenho de os Estados-Membros empregarem o máximo de recursos possíveis.”

Nessa linha de pensamento, é importante também a averiguação do sociólogo Ulrich Beck (1997), conforme citação a seguir, que formulou os estudos contemporâneos sobre a “sociedade de risco”. Assim, ao tratar a questão do êxito que prontamente teria essa expressão e sua força explicativa dos profundos fenômenos econômicos e sociais que vive a modernidade, percebem-se as diferentes linhas de outro processo não menos importante, como é o caso da globalização e, em especial, o impacto para a sociedade internacional.

A sociologia da modernização simples combina dois tipos de otimismo: cientificação linear e fé na possibilidade de controle antecipatório dos efeitos colaterais – sejam estes “externalizados” ou elaborados por ondas de automação “mais inteligente” e transformados em *booms* econômicos.

A globalização e a sociedade de risco encontram-se entrelaçadas estreitamente num mundo mais global e mais consciente dos riscos coletivos: climáticos, sanitários, econômicos, bélicos, sociais. Por isso, em um mundo interconectado, qualquer evento que se produza de um lado não pode deixar de causar consequências como se nada houvesse sucedido.

Nesse viés, a análise registrada pelo professor Paulo Márcio Cruz (2009, p. 70), que adentrou o referido tema, conforme a seguinte citação registrada, possui grande percepção científica:

Os acontecimentos que ainda não ocorreram tornam-se calculáveis (pelo menos economicamente) graças ao princípio da segurança. Como a dialética do risco e do seguro é desenvolvida e difundida na fase da sociedade industrial clássica, ou seja, a modernidade simples, e antecipação das consequências é, sem dúvida, um resultado de reflexão institucional altamente desenvolvida, então, em seu argumento, os critérios de diferenciação entre a modernidade simples e a modernidade reflexiva não se aplicam.¹

Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios. Esse novo projeto de civilização provavelmente passará pela reabilitação do político, do jurídico, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica. Isso implica uma redefinição ou, mais exatamente, um redescobrimto do bem comum, de um saber existir juntos e de um novo sentido para a aventura de viver.

Essa dinâmica no contexto social, na tipologia das relações sociais, afetadas pela globalização e pela assunção dos riscos comprometidos com o fato econômico, leva a uma nova “juridicização”, a uma nova manifestação reguladora do Direito direcionada a um fato novo: os riscos.

Por isso, Max Weber (1954, p. 251) define a ordem econômica como “a distribuição do poder de disposição efetivo sobre bens e serviços econômicos que se produz consensualmente – *consensus* – segundo o modo de equilíbrio dos interesses e à maneira como esses bens e serviços se empregam segundo o

1 BECK, Ulrich, 1944. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash, tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da universidade Estadual Paulista, 1997, p. 214.

sentido desse poder fático de disposição que descansa sobre o consenso.” [Trad. do autor.]

Acentua também que a “ordem jurídica ideal da teoria jurídica nada tem a ver com o cosmos do atuar econômico real, porque tais coisas situam-se em planos distintos: uma na esfera ideal do “dever ser”, a outra na dos acontecimentos reais” [trad. do autor](*idem*, p. 251). Mas essa distinção de planos não impede que a ordem jurídica e a ordem econômica encontrem-se.

Assinala, então, Weber (*idem*, p. 252) que:

Se apesar disso a ordem econômica e a ordem jurídica encontram-se mutuamente na mais íntima relação, tal significa que esta última não se entende em sentido jurídico, mas sociológico: como validade empírica. Nesse caso, o sentido da expressão “ordem jurídica” muda totalmente. Então, não significa um cosmos lógico de normas corretamente inferidas, mas um complexo de motivações efetivas do atuar humano real. [Trad. do autor.]

1 O Estado brasileiro e as percepções constitucionais no Direito Econômico

O Estado, durante a Constituição brasileira de 1934, observava duas novas e importantes funções: a de atuar no mercado, podendo monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, quando assim o exigir o interesse público, mediante autorização de lei especial², e a de influir no mercado, impondo-lhe o dever de promover o fomento da economia popular.

A Constituição brasileira de 1937 é a primeira a se valer da expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”, estabelecendo também a distinção, de caráter doutrinário, entre a intervenção mediata e imediata, e conceituando-lhes as formas de manifestação: controle, estímulo e gestão direta.

2 O art. 116 assim determina: “Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais”. – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.

Importante observar a seguinte disposição do art. 135 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937:

Art.135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Esse dispositivo legal, pela ênfase dada ao papel do indivíduo no âmbito da atuação econômica, merece ulteriores considerações, em face dos contextos histórico e ideológico nos quais ele surgiu.

Paralelamente ao disposto no art. 117 da Constituição de 1934, o art. 141 da Constituição de 1937 explicita a forma de controle do Estado. Nele, o Estado se propôs a fomentar a economia popular e instituiu a punição no caso de crimes contra ela. Observa-se o seguinte teor referente no art. 141 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937:

Art.141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Os art. 141 e 142 dessa Constituição possuem importância histórica, porque propiciaram a elaboração das primeiras leis de proteção à liberdade de concorrência. Assim é que o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, define quais sejam os crimes contra a economia popular e determina a sua punição.

A Constituição de 1946 torna presentes os parâmetros fundamentais que balizam a intervenção do Estado no domínio econômico. Depois de fixar, no art. 145, os pilares da ordem econômica liberal que se instaura, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano, o texto maior estabelece, no

art. 146 da Constituição do Brasil, que a intervenção tem como princípio propulsor o interesse público, mas deverá ater-se ao limite dos direitos fundamentais, assim entendidos os direitos garantidos ao indivíduo. Determina o art. 146:

Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

A ideia intervencionista do Estado ficou devidamente registrada na Carta Constitucional, para que a lei disponha sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos (art. 149), disponha sobre a criação de estabelecimentos de crédito especializado de amparo à lavoura e à pecuária [art. 150], disponha sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais (art. 151) e facilite a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras públicas (art. 156).

A Constituição brasileira de 1967 colocou a intervenção do Estado no domínio econômico sob inspiração de um tema propulsor novo: o desenvolvimento econômico. De fato, o art. 157, § 8º, daquela Constituição colocou, como um dos princípios ideológicos da ordem econômica, ao lado dos de liberdade de iniciativa e de valorização do trabalho, o do desenvolvimento econômico.

É oportuno observar que a faculdade de intervir no domínio econômico e de monopolizar está inscrita como parágrafo do art. 157, significando que essa situação esteja vinculada aos princípios ideológicos que figuram como incisos do *caput* do artigo. O texto constitucional submete essa atuação direta do Estado à condição da indispensabilidade a ser revelada quer pela exigência da segurança nacional, quer pela inexistência de eficiência do setor privado. Assim dispõe o § 8º do art. 157:

Art.157, § 8º. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que deu praticamente nova redação ao texto constitucional de 1967, no título relativo à Ordem Econômica e Social, transformou o “desenvolvimento econômico” em “desenvolvimento nacional” e o colocou, juntamente com a exigência de justiça social (mas a ele sintomaticamente precedente), como finalidade daquela mesma ordem. O Estado passa a atuar cada vez mais amplamente no domínio econômico. O § 8º, do art. 157 foi transformado em art. 163.

Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou visa organizar o setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

À percepção de indispensabilidade, vinda do texto de 1967 e conservada na emenda constitucional de 1969, possibilita, com clareza cristalina, ao legislador, acrescentar as de preferencialidade e de complementaridade, estabelecendo ainda, para evitar concorrência desleal institucionalizada, a norma da imposição do regime privado em que tais ideias vêm expressas no art. 170, a seguir disposto:

Art. 170. As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.
§ 1º Apenas em caráter suplementar da Iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3º A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

A Constituição de 1988 trouxe outra fundamentação ideológica para a atuação do Estado no domínio econômico com influências dogmáticas das Constituições de Portugal e da Espanha, mas recebe o viés modernizador do papel do Estado tido como o domínio econômico, presente nesse contexto a

influência ibérica, donde provém a situação de crise do Estado moderno, no que tange ao desempenho no domínio econômico.

Inicia-se, assim, nos países ocidentais, um movimento de “reprivatização” da atividade econômica, bem como a pergunta sobre qual deva ser o novo papel do Estado numa economia de mercado. Surge então a árdua tarefa de redefinir o papel do Estado, de forma que se ajuste às exigências dos novos tempos.

Incumbe-lhe, antes de mais nada, estar ao serviço da sociedade, em vez de procurar assumir a direção de seus rumos. Cabe-lhe viabilizar e compatibilizar a primordial atividade e iniciativa individuais³. O futuro do Estado está para ser reinventado, o que faz descortinar diante dos economistas, dos políticos, dos sociólogos e dos juristas, da sociedade em geral, uma imensa tarefa “superadora” do passado.

Para implementar essa ingente tarefa de recriar o Estado, apto a atuar no domínio econômico, Cossé (1992, p. 155) ensina que o mundo moderno deverá se dedicar a suprir graves carências, que se referem à necessidade de amplo debate público sobre tais questões, à adoção de instrumentos adequados, à atenção ao princípio da subsidiariedade, à internacionalização da economia e à postura do poder político perante a vida democrática.

Uma outra tarefa decorre da compreensão do princípio de subsidiariedade, que explica que as decisões nacionais, em termos de economia, não são mais integralmente soberanas. O Estado nacional deve inserir-se nos contextos regionais de que faz parte, para influenciá-lo, para informar a todos os agentes econômicos sobre o que foi decidido, para tirar o melhor partido das novas regras do jogo e para aliviar as estruturas administrativas, conforme Pierre-Yves Cossé (1992, p.156):

3 Como o acentua Cannac, será necessário que, fundamentalmente, o Estado realize uma mudança de cultura. Isso pode parecer artificial, mas as empresas dedicam-se também a transformar sua cultura. Trata-se de fazer evoluir a cultura de Estado de uma cultura de comando para uma cultura de serviço, mesmo quando ele desempenhe sua função de regulação. Creio que ele deva concebê-la como uma maneira de servir à sociedade, e não com arrogância. Isso vai desde o modo com que se elabora uma regra, mesmo inferior – que implica preocupação séria com as condições nas quais ela poderá ser aplicada pelos administrados ou pelas empresas. Em lugar de publicá-la brutalmente – até o comportamento do agente de guichê, o do diretor ou o do ministro. Por espírito provocativo, pode-se lembrar que, no Japão, é o Primeiro Ministro que visita o empresariado, e não o inverso. É uma maneira de afirmar que o Estado está a serviço da sociedade e que ele deve reduzir sua especificidade à parte que é verdadeiramente necessária (CANNAC, 1992, p. 49, tradução do autor). Acentua Foucauld, Comissário do Plano, que a descentralização se tornou hoje objeto de amplo consenso e constitui já uma aquisição de nossa sociedade. Ela modificou profundamente os circuitos da decisão e da ação públicas. Ela constitui um novo dado da reflexão concernente ao cidadão, à solidariedade nacional e territorial. Ela é também um componente essencial da reforma do Estado, não podendo essas duas questões serem dissociadas (FOUCAULT, *Décentralisation: l'Âge de Raison*, p. 5, tradução do autor).

A internacionalização da economia traz ainda uma outra modificação que exige posicionamentos novos da Administração estatal. Faz 30 anos, os homens que acompanhavam a evolução da economia mundial e tomavam decisões pertenciam aos quadros do Estado. Mudou-se atualmente o quadro, pois que hoje “os homens de empresa estão abertos para o mundo e adquiriram uma cultura e uma prática internacional. [Trad. do autor.]

Ainda apresenta-se a relação entre o poder político, que deverá afirmar-se dentro de uma nova figura, e o respeito às exigências da vida democrática. A crise política vivida no Brasil deverá vir a ser o germe de nova postura perante os problemas com que o Estado moderno se defronta.

Nessa linha, Cossé (1992, p.156) afirma:

O ceticismo e a inquietude, ligados à derrota das ideologias e à crescente complexidade do mundo, não devem ser utilizadas como uma arma a minar toda a ação política. Sem reabilitação do político, toda mudança será vivida como um acontecimento nefasto e correremos o risco de uma paralisia. O problema é de convencer os cidadãos – e os intelectuais – de que graças a um desdobramento de suas missões e a novos métodos de gestão, o estado nacional pode reencontrar uma legitimidade e crescer em eficácia. A mutação necessária não é necessariamente uma perda de substância para os agentes públicos e uma falta para os cidadãos habituados a um quadro e a modos de intervenção determinados. [Trad. do autor.]

A Constituição da República Federativa do Brasil, vigente desde 1988, surgiu sob o influxo de tais direcionamentos modernos, rompendo assim com a tendência francamente intervencionista da Constituição de 1967-1969, mas deixando-se ainda impregnar o viés protecionista originado de tradicionalismo com a moderna tendência da atuação estatal.

O art. 173 da presente Carta Magna coloca-se como um marco divisório, contrapondo-se ao art. 163 da Constituição de 1967-1969. Diz o texto atual:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição a exploração direta de atividade econômica só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Nesse contexto, percebe-se que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado constitui-se, em tese, numa exceção. A regra é que o Estado não deve atuar diretamente no domínio econômico, porém a exceção está restrita à necessidade decorrente de dois fatores determinantes como a questão de segurança nacional e o relevante interesse coletivo, que se apresentasse como fator preponderante em face da ordem econômica internacional, que se aplica aos Estados contemporâneos.

Assim, o art. 174 vem definir a nova função do Estado de agente normativo e regulador da atividade econômica. A atuação reguladora da atividade econômica por parte do Estado está sujeita ao princípio da subsidiariedade, no que tange deixar aos indivíduos a tarefa de regulamentar a própria atividade, ou de não criar regras que dificultem, em lugar de viabilizar, a atividade econômica. É o fenômeno atualmente conhecido como desregulamentação da economia⁴.

Na forma literal do art.174 da Constituição da República Federativa do Brasil, segue a transcrição do permissivo legal:

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

Nesse viés, é importante observar o contido nas Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 9.074, de 7 de julho de 1995, em que, ao concretizar o permissivo

4 O princípio da subsidiariedade pode ser entendido num duplo sentido. Segundo Gentot, numa primeira acepção, o Estado não deve fazer o que a sociedade pode fazer e não deve substituir-se nos esforços e nas iniciativas das empresas, dos cidadãos e de seus grupos. O segundo aspecto do princípio de subsidiariedade é mais conhecido e significa que o Estado não deve reger do centro o que pode sê-lo alhures, isto é, da periferia, por meio de mecanismos de descentralização e de desconcentração, mas também por meio de organismos públicos que permanecem na órbita do Estado, embora atuando independentemente ao tempo dos ministros e do poder político (GENTOT, *Un double principe de subsidiarité*, p. 153, tradução do autor).

Também Ortiz analisa o princípio de subsidiariedade. “Com frequência, o princípio de subsidiariedade refere-se a dois fenômenos diferentes: um é o que poderíamos chamar de subsidiariedade institucional, o que significa que não devem centralizar-se no mais alto nível aquelas decisões que possam ser adotadas com igual ou maior eficiência a um nível político e administrativo inferior e, por conseguinte, mais próximo aos cidadãos. Esse princípio tem sido defendido nas relações intergovernamentais, tanto nacionais (é o que se conhece com o nome de descentralização político-administrativa: reserva aos governos regionais e locais de todas aquelas questões que afetem predominantemente a seus interesses), como na ordem internacional: transferência aos órgãos das organizações supranacionais – é o caso da Comunidade Europeia – só daquelas questões em que esteja comprometido o interesse comum, mantendo-se as competências em todas as demais questões reservadas a cada Estado. Mas há outro sentido diferente do princípio de subsidiariedade que se refere às relações entre o indivíduo e o Estado. Nessa ordem, o princípio contempla não uma questão organizativa, mas substancial: qual deve ser o grau de intervenção e protagonismo do Estado na vida econômica e social de um país e qual deve ser o âmbito de livre atuação dos Cidadãos e dos grupos sociais intermediários [...]”. (ORTIZ, 1993, p. 64-65, tradução do autor).

constitucional contido no parágrafo único, a lei disporá sobre a necessidade de o Estado transferir para o setor privado a prestação de alguns serviços públicos.

Valendo uma remissão às fontes do Direito, com peculiaridades às fontes do Direito Econômico, é importante destacar o papel das fontes reais e de uma fonte formal de grande operacionalidade na ordem da economia internacional. As fontes reais são a origem das fontes formais, e estas não podem destacar-se daquelas sob pena de nascerem absolutamente ineficazes. Nessa ideia, merece destaque a situação declarada por Alexandre Morais Rosa (2009, p. 51):

Cria-se, assim, um novo princípio jurídico: o do melhor interesse do mercado. O Direito é um meio para atendimento do fim superior do crescimento econômico. É necessário simbolicamente para sustentar a pretensa legitimidade da implementação dos ajustes estruturais mediante reformas constitucionais, legislativas e normativas executivas. Na perspectiva de unificar o mercado mundial, as normas de comércio devem adequar-se ao novo modelo, diminuindo os custos e os riscos das transações.

O Direito Econômico pode ser visto como uma antítese do sistema liberal. Deve ser considerado também como expressão de nova ordem econômica e social e, conseqüentemente, como um esforço constante de resposta adequada às exigências da realidade econômica e social do momento.⁵ A medida provisória, consagrada no art. 59, V, e no art. 62, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é um instrumento de fundamental importância no contexto da adequação de captação das fontes reais e sua transformação em fonte formal do Direito, de modo que o Brasil adapte-se aos regramentos internacionais da ordem econômica.

5 FARJAT, Gérard. *Las enseñanzas de medio siglo de derecho económico*. Estudios de derecho económico, v.II, p. 13.

2 Escorço da ordem econômica internacional gerada por Bretton Woods

A ideia que se estabelece no mundo contemporâneo de ordem econômica internacional, mesmo sendo um conceito sem o rigor das definições usualmente qualificadas como científicas, torna-se um recurso analítico útil para se compreender o funcionamento da economia internacional, cuja natureza é dinâmica, difusa e frequentemente contraditória.

O reconhecimento do foco na economia e o comportamento dos atores econômicos associam-se fortemente a estímulos e restrições sociais, políticas e culturais⁶, em que a noção de ordem econômica deve ser vista como um padrão que orienta a vida econômica num certo momento e que não é imutável nem mesmo durante o tempo em que se considera que certa ordem tenha sido predominante.

A percepção, ao se falar da ordem de Bretton Woods, não é a de imaginar que essa ordem foi estável e imutável desde a Conferência que lhe valeu a denominação, em 1944, até 1971, quando, oficialmente, o presidente Richard Nixon anunciou o fim da conversibilidade e da paridade do dólar norte-americano em relação ao ouro na forma como foram estabelecidos nos acordos de Bretton Woods.

Os mecanismos estabelecidos na Conferência de 1944 ficaram à margem, sem serem acionados por vários anos. Por outro lado, no início da década de 1960, havia crescente preocupação com o futuro da conversibilidade⁷.

Nesse desiderato, a realização do evento de Bretton Woods, próximo ao término da Segunda Guerra Mundial, trabalhou vários princípios básicos e noções que orientavam o funcionamento da ordem econômica mundial, observando a lógica do crescimento econômico e o jogo de forças na economia política internacional que se conservaram relativamente até hoje, o que foi objeto

6 Muitos autores empregaram esse conceito, mas talvez o mais notável tenha sido W. A. Lewis que, entre outros, publicou um texto resultante de duas conferências proferidas na Universidade de Princeton, em 1977. As conferências fizeram parte da série *Janeway Lectures* em homenagem a Joseph A. Schumpeter. A publicação tem por título *The Evolution of the International Economic Order* (Princeton University Press, 1977). A ênfase de sua abordagem é posta sobre a distribuição da atividade econômica entre países industrializados e países em desenvolvimento.

7 No início da década de 1960, um artigo publicado por Robert Triffin (1960) ganhou notoriedade ao exportar as dificuldades de se manter a paridade do dólar em relação ao ouro diante dos sucessivos *deficit* no balanço de pagamentos dos Estados Unidos da América – o chamado “dilema de Triffin”.

de pesquisa realizada pelo Professor Paulo Márcio Cruz (2009, p. 69), conforme citação a seguir:

Assim, o capitalismo foi reorganizado em uma nova estrutura de redes, que se estendem pelo globo. O capital transnacional está no topo dessas redes globais e o capital local e o nacional não podem competir com ele. Logo, é evidente que há uma nova configuração de poder transnacional, e é nesse contexto que devem emergir o Estado e o Direito transnacionais, como solicitações e necessidades dessa nova época.

O capital transnacional exercita a sua autoridade política utilizando o aparato de cada Estado e através da transformação das organizações internacionais existentes, tais como as antigas instituições de Bretton Woods ou as mais recentes, como a Organização Mundial do Comércio. O capital transnacional passou, então, a converter o poder estrutural da economia global sobre os países e sobre as classes trabalhadoras, em cada estado, em influência política direta através do aparato capitalista transnacional.

Assim, pode-se afirmar que a ordem econômica internacional é composta de três elementos materiais e tangíveis, em larga medida, objetivados institucionalmente, e de dois elementos não tangíveis, mas que explicam o sentido dos arranjos institucionais vigentes.

Os três componentes mais tangíveis são o regime monetário internacional, o regime de comércio internacional e o regime financeiro internacional⁸, e os dois componentes menos tangíveis, embora não menos reais, são o padrão da distribuição da riqueza e do poder na esfera internacional e a estratégia de crescimento implícita na ordem econômica, isto é, a lógica que associa as ações dos atores econômicos ao processo de geração e incremento de riqueza.

Observando o teor da crítica constitucional desenvolvida pelo estudioso em Direito Econômico Gilberto Bercovici, a sociedade civil é um momento do Estado, que a contém. A sociedade civil garante o sistema das necessidades, trazido pela economia moderna. Ela não realiza por si só a unidade dos indivíduos, pelo contrário. Ao colocar o indivíduo como fim último, a sociedade

8 O termo regime é empregado no sentido proposto por S. D. Krasner (1995), que já se tornou clássico no estudo das relações internacionais, isto é, um conjunto de princípios, normas, regras, instituições e processos decisórios que orientam as ações e iniciativas internacionais em determinada área, neste caso, relações monetárias, comércio e transações financeiras internacionais.

civil representa sua própria negação. O mecanismo de mercado estabelece a polarização social, a pobreza e a alienação. Hegel adota a teoria de Adam Smith, mas não seu entusiasmo com a economia de mercado. A pauperização e a alienação não são acidentais, mas endêmicas ao sistema (BERCOVICCI, 2013, p. 194-195).

No contexto da visão global, a predominância da economia norte-americana vem cedendo passo para um novo padrão no jogo de forças na economia política internacional; de outro, a fé na força dos mercados financeiros liberalizados parece adquirir os seus próprios limites como motor do crescimento.

A disposição de atores relevantes no cenário internacional para o funcionamento da ordem econômica não se apresenta muito clara no sentido de aceitar certas regras do jogo. Nesse contexto, pode-se elencar alguns pontos, tais como: o regime de taxas de câmbio flutuante e os acordos sobre a propriedade intelectual ou, ainda, a adoção voluntária de cláusulas sanitárias e ambientais.

A liderança na economia do planeta, assumida pela nação americana após a Primeira Guerra Mundial, divide hoje espaço com a Europa, o Japão e vários países emergentes, especialmente a China. Por sua vez, a lógica do crescimento, fortemente centrada no mundo financeiro liberalizado, revela-se a poupança internacional fortemente concentrada em dólares que estão em poder de fundos soberanos, fundos privados e reservas internacionais de nações que se mostram dispostas a orientar essa poupança para a promoção do crescimento da economia internacional⁹.

3 A tangibilidade da ordem econômica internacional no contexto transnacional

Adotando-se o entendimento básico da noção de regime internacional, na forma mencionada anteriormente, o regime de comércio compreende o conjunto de normas, práticas e instituições formalmente estabelecidas que orientam as transações comerciais.

⁹ De acordo com o Fundo Monetário Internacional, existem hoje dezenas de fundos soberanos. O maior deles é o de Dubai com US\$875 bilhões. A China teria criado seu fundo soberano apenas recentemente com ativo de US\$200 bilhões. A maioria desses fundos tem como origem os recursos originados pela venda de petróleo (KRASNER, 1985).

O regime de comércio diz respeito diretamente à divisão internacional do trabalho, ou seja, quando se estabelece quem vende o quê e para quem e quando se estabelece também quem produz o quê e para quem.

Pode-se dizer, portanto, que o comércio não deixa de ser um retrato da distribuição dos mercados de trabalho no mundo, e, ao se falar da nação brasileira, implicitamente, também se diz que boa parte da mão de obra brasileira deverá estar envolvida na produção e na comercialização de produtos originários do agronegócio, da prestação de serviços e da indústria.

Da mesma maneira, ao se falar que os europeus e norte-americanos deveriam reduzir subsídios à agricultura, presume-se que o Brasil aumentaria suas exportações de produtos agrícolas para esses mercados, e que parte da mão de obra no Brasil deveria ser absorvida pela atividade de produção de bens agrícolas para exportação. Por sua vez, a parcela da força de trabalho europeia e norte-americana atualmente envolvida na produção dessas *commodities* deveria ser reorientada para outras ocupações, notadamente para as áreas urbanas onde se situa a maior parte das atividades industriais e de serviços.

O regime de comércio não pode ser confundido com instituições como a Organização Mundial do Comércio (OMC), visto que essa organização seja parte importante do regime. Há muitas outras organizações, tratados bilaterais e arranjos regionais, como União Europeia, Mercado Comum do Sul (Mercosul), Nafta, entre outros, que influenciam de muitas maneiras os fluxos de comércio.

O conceito de regime de comércio abrange uma organização como a *Food and Agriculture Organization* (FAO), uma vez que parte substancial dos produtos agrícolas é comercializada por meio dessa entidade que distribui alimentos para nações em dificuldades. Nesse contexto, o livre comércio deve ser entendido como o princípio que predomina na orientação do regime de comércio, desde que essa atividade expandiu-se em escala mundial, a partir do século XIX.

Observando o contexto, percebe-se com clareza que, nas coisas humanas, padrões e conceitos que possam ser entendidos de forma simples e linear apresentam dificuldade de compreensão. Ambiguidades e mesmo paradoxos geralmente se fazem presentes nas atitudes e nas instituições. Na esteira da crise desencadeada em 1929, muitas regras de exceção foram introduzidas na ordem econômica internacional.

O próprio enunciado que tratou das questões do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)¹⁰, que antecedeu a OMC, a chamada cláusula da nação mais favorecida, indicava que a existência de exceções à prática do livre-comércio era aceitável e plenamente tolerada pelos demais integrantes.

A discussão mais interessante a respeito das ambiguidades presentes não apenas no regime de comércio, mas também nos demais regimes que compunham a ordem econômica internacional e que emergiram no período imediato ao fim da Segunda Guerra Mundial, tenha sido aquela proporcionada pela caracterização do regime de liberalismo econômico e para a qual Marcelo Neves (2009, p. 99) apresenta a seguinte fundamentação:

Também no caso da OMC, embora ainda fundada em um modelo decisório de negociações muito instáveis, facilmente suscetível de bloqueio (modelo intergovernamental), é inegável a força normativa vinculante das decisões em relação aos Estados, organizações e empresas afetadas. Mas me parece não ser oportuna a aplicação, sem amplas restrições, do conceito de Constituição para essas ordens internacionais parciais. Antes cabe considerá-las na análise do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, pois elas se confrontam, de maneira relevante, com problemas constitucionais da sociedade mundial que ultrapassam os limites da estatalidade.

Nesses regimes, o espírito e o propósito que davam sentido à ordem econômica eram liberais, mas o princípio do livre mercado tinha de conviver com cláusulas de exceção e, até mesmo, com objetivos muitas vezes concorrentes como o combate ao desemprego, as políticas de estabilização e a busca da industrialização e do desenvolvimento pelas economias mais pobres.

O regime monetário internacional constituiu o segundo componente da ordem econômica internacional e diz respeito à forma pela qual se apresenta a disponibilidade de liquidez internacional. É por meio das instituições e práticas desse sistema que se organizam e são fornecidos os instrumentos que permitem efetuar os pagamentos referentes às transações econômicas internacionais.

¹⁰ O GATT era a parte introdutória da Carta da OIC que estava sendo proposta formalmente a partir da Rodada de Negociações de Genebra de 1947. O GATT deveria orientar a retomada do comércio mundial até que a OIC fosse efetivamente estabelecida (KRASNER, 1985).

Esse sistema apresenta-se institucionalizado pelos mecanismos que permitem efetuar os ajustes entre os balanços de pagamentos e as oscilações no nível da atividade econômica, merecendo destaque a caracterização da chamada ordem do padrão-ouro, em que a libra esterlina constituía-se na moeda central do sistema e presumia-se que os balanços de pagamento ajustavam-se automaticamente, não havendo qualquer instância internacional formalmente estabelecida com o propósito de administrar a oferta de liquidez internacional¹¹.

A chamada ordem de Bretton Woods foi responsável por implementar o dólar norte-americano como condicionante de moeda central ou moeda-chave do sistema monetário de pagamentos e, em ato contínuo, a institucionalização do Fundo Monetário Internacional (FMI), integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), como agente encarregado de administrar a liquidez internacional, conferindo-lhe a devida estabilidade transnacional. Merece destaque o seguinte apontamento de Paulo Márcio Cruz (2009, p. 69):

O Fundo Monetário Internacional (FMI), por exemplo, quando impõe programas de ajuste estrutural que abrem um dado país para a entrada do capital transnacional, o que implica subordinação da força local de trabalho e na exploração de riquezas pelo capitalismo transnacional, está operando como instituição transnacional.

Esse dispositivo legal foi gradativamente responsável pelas moedas de outros países que se tornaram conversíveis ao dólar norte-americano, constituindo, dessa forma, um mercado de moedas no qual as taxas de câmbio apresentassem oscilações de acordo com os preceitos econômicos das variações na oferta e na procura dessas moedas, possibilitando, assim, que a economia americana agregasse um fator preponderante e supremo da economia mundial.

A presunção contida nos acordos de 1944 era a de que a compatibilidade dos balanços de pagamentos seria mantida por meio de empréstimos sacados contra o Fundo Monetário Internacional (FMI), ou por meio de ajustes cambiais sob a supervisão do FMI¹². Importa ressaltar a elaboração das novas regras que passaram a reorientar a economia mundial, conforme orienta Atilio Borón (2003, p. 91-93):

11 A Comissão Cunliffe, constituída pelo governo britânico no final da Primeira Guerra Mundial, identificou oficialmente a existência de um mecanismo que intitulou "*price-specie-flow-mechanism*", implícito no sistema do padrão-ouro, que garantiria que os *deficit* e *superavit* entre as economias ajustavam-se automaticamente (BERNSTEIN, 2000).

12 As regras do FMI estabeleciam que as taxas cambiais poderiam variar em até 1% para mais ou para menos em relação à paridade acordada em Bretton Woods (BERNSTEIN, 2000).

Difícilmente se poderia exagerar a importância do papel jogado na história econômica do último meio século pelos acordos de Bretton Woods. No verão boreal de 1944 e diante da iminência de uma segura vitória militar, os aliados convocaram (na realidade, obedecendo a uma forte pressão norte-americana) uma conferência monetária e financeira para estabelecer as orientações do “liberalismo global” que havia de prevalecer na emergente ordem mundial pós-guerra. A reunião teve lugar em Bretton Woods, New Hampshire, quando as notícias triunfais do desembarque da Normandia renovavam as esperanças de um pronto desenlace nas frentes de batalha. Temas fundamentais da conferência – a que assistiram 44 países, incluindo a União Soviética – foram a elaboração das novas regras do jogo que devia reger o funcionamento da reconstruída economia mundial e a criação das instituições encarregadas de assegurar sua vigência. E as instituições gêmeas de Bretton Woods nasceriam destas deliberações: o Banco Mundial em 1945 e o Fundo Monetário Internacional um ano depois.

No regime monetário também foram incluídos os bancos públicos e privados, além de bancos de fomento ao desenvolvimento nacional e internacional, pois, de muitas maneiras, essas instituições influenciam significativamente os níveis de liquidez internacional, além de influenciar os níveis de equilíbrio e desequilíbrio nas transações entre as economias transnacionais.

O regime cambial de taxas flutuantes, típico de uma ordem liberal, convive nos últimos anos com variada gama de modalidades de intervenção praticada pelas autoridades monetárias dos governos, até mesmo por importantes atores do sistema como União Europeia e China.

Merecem destaque como elementos da tangibilidade da ordem econômica internacional os regimes de transações financeiras internacionais, que se caracterizam pelo conjunto de regras, normas e instituições formais e informais, que orientam os fluxos de fundos na economia internacional e de países como Brasil e demais integrantes que necessitam adaptarem-se às normas internacionais que são elaboradas, observando o contexto de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão, sediado no Banco de Compensações Internacionais (BIS), em Basileia, na Suíça, chamado Comitê de Basileia.

O regime de transações financeiras internacionais é o sistema financeiro internacional em que as taxas de juros deveriam ser o elemento básico na determinação do sentido desses fluxos, uma vez que, em princípio, é por meio

dessas taxas que o capital é remunerado. Todavia, na era da globalização, há muitas outras formas pelas quais o capital é remunerado e, além disso, há muitos outros fatores que podem influenciar a movimentação de fundos na economia internacional.

A transferência de recursos financeiros, por sua vez, gera atividade econômica no seio da sociedade que recebe esses fundos, e, dessa forma, quaisquer que sejam as motivações, a movimentação de capital também ajuda a definir o perfil da distribuição dos mercados de trabalho.

O que ficou conhecido como política neoliberal referia-se principalmente à liberalização dos movimentos de capital, que acabou por se construir na principal base do processo de globalização. Especialmente após a crise financeira de 2008, o princípio da livre movimentação de fundos passou a ser seriamente questionado sob a alegação de que a ausência de sistemas de controle tornasse o capital um elemento de instabilidade dos mercados.

4 A intangibilidade da ordem econômica internacional no contexto transnacional

A lógica do crescimento e o perfil da distribuição da riqueza e da atividade econômica na economia internacional são os dois elementos intangíveis da ordem econômica e, embora não devidamente traduzidas em instituições, são as componentes que, na verdade, dão sentido à própria ordem econômica. Em torno desses dois elementos é que objetivos são estabelecidos e estratégias são traçadas, com o propósito de organizar e articular a ação dos agentes econômicos.

A simples perspectiva de incrementar os negócios e de obter lucro não é suficiente para explicar padrões e práticas nas relações econômicas internacionais em sua totalidade. Fluxos de comércio e de recursos financeiros não apenas são mutuamente interconectados, como também, em diversas formas, estão ligados a outras áreas tão diferentes, como a tecnologia, o meio ambiente e os padrões sociais e culturais.

Do ponto de vista do Estado, principal responsável pelo estabelecimento das práticas formalmente existentes nas transações econômicas, a busca da ordem

é ainda mais manifesta, e as questões de poder e de segurança estratégica não podem ser dissociadas das relações econômicas internacionais.

As aspirações de poder estão presentes tanto nas grandes potências que querem manter-se como tais, como nas potências menores que entendem que aumentar seus recursos de poder é essencial para a promoção do que insistentemente chamam de “interesse nacional”. Dessa forma, entende-se como legítimo, muito embora a maioria dos governos não o declare abertamente, buscar resultados econômicos com o objetivo de aumentar os recursos de poder da nação¹³.

Administrações públicas com viés mais nacionalista tendem a ver as relações com a economia internacional com desconfiança e, não raro, adotam medidas protecionistas e outras iniciativas de política econômica com vistas a isolar suas economias da ordem internacional.

A capacidade de promover crescimento econômico é essencial para a estabilidade da ordem econômica internacional. No entanto, paradoxalmente, por ser também a demanda por crescimento econômico um fator desorganizador e notório, é que o efeito da política de crescimento pressiona no sentido do desencadeamento de processos de mudança nas práticas e nas instituições econômicas.

O eventual sucesso traz também mudanças na importância relativa dos atores, uma vez que o crescimento não beneficia a todos de maneira homogênea. Historicamente, os padrões predominantes no meio internacional têm seguido a trajetória de contínuas mudanças e transformações em que a questão do crescimento na produção e oferta de bens e serviços tem desempenhado papel central.

Atualmente nações desenvolvidas tornam-se líderes mundiais e/ou declinam ao mesmo tempo em que seus fluxos de bens, serviços, de recursos e mesmo de pessoas mudam de direção e de características, favorecendo alguns e tornando obsoletas instituições e práticas consolidadas por longo tempo. Ao se discutirem crises e mudanças na ordem econômica internacional, torna-se inevitável também a discussão dos efeitos das crises sobre mudanças na distribuição da

13 Uma obra considerada clássica na história do pensamento econômico é o livro *Mercantilism*, de autoria de Eli Heckscher, que apresenta o fenômeno do mercantilismo como uma fase da história da política econômica e que, antes de tudo, o mercantilismo constituía um sistema de poder, isto é, reis usavam o recurso da política mercantilista para se imporem diante das forças particularistas (sobretudo nobrezas locais) e diante das forças universalistas (particularmente a Igreja) (HECKSCHER, 1994. A primeira edição é de 1931).

atividade econômica e da riqueza entre as sociedades, mostrando-se crucial a compreensão do papel desempenhado pelo crescimento econômico na definição e na estabilidade, conforme apontamento de Osvaldo Ferreira de Melo (1998, p. 60-61) a seguir:

Tais dificuldades começaram a preocupar a ordem internacional já na década de 60. Efetivamente, nesse período, a ONU discutia a necessidade de um pacto internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, reconhecendo as dificuldades de os países em processo de desenvolvimento se comprometerem com os direitos da prestação altamente onerosa e incompatível com o estágio da sua economia.

Essa preocupação das Nações Unidas ficou clara quando da fixação, em separado, do pacto internacional sobre os direitos econômicos e sociais, do pacto sobre os direitos civis e políticos, desde a provação do *International Bill of Human Rights* de 1966.

Destaca-se nesse viés a relação da intangibilidade da ordem econômica internacional, que é o perfil da economia política que serve de base para o funcionamento dos regimes vigentes no comércio, nos fluxos de investimento e no sistema monetário, no qual a distribuição da atividade econômica reflete a distribuição da riqueza e, conseqüentemente, reflete as diferenças na capacidade de influenciar e de ser influenciado pela ordem econômica internacional.

Nesse sentido, é importante avaliar que o fato de haver interesses mais amplos e generalizados implica que essas nações também têm interesses mais diretos no bom funcionamento da ordem econômica. Como conseqüência, para se compreender o funcionamento dos regimes que formam a ordem econômica internacional em determinado momento, é preciso levar em conta a economia política a ela associada.

Portanto, para se compreender a ordem do padrão-ouro do século XIX, é primordial compreender o funcionamento e a importância das economias dos países desenvolvidos e como essa economia relaciona-se com outras nações do sistema.

Conclusão

De forma objetiva, a ordem econômica internacional e o contexto da norma jurídica constitucional, obrigatoriamente, passam pelo entendimento histórico das relações econômicas internacionais. Nesse patamar a chamada ordem de Bretton Woods só pode ser adequadamente compreendida de acordo com o papel central desempenhado pelos Estados Unidos da América no comércio, nos fluxos de investimentos ou no estabelecimento de um sistema monetário baseado no dólar norte-americano.

Assim, o caminho é vislumbrado quando Maurizio Viroli instou Bobbio a indicar qual seria “o primeiro dever” que ele escreveria num “decálogo dos deveres do cidadão”, e a resposta foi o dever de respeitar os outros. Isso representa a superação do egoísmo pessoal, a aceitação o outro, a tolerância. O dever fundamental é dar-se conta de que você vive em meio aos outros. Logo em seguida, indagado sobre qual “o principal dever que gostaria de ensinar aos governantes”, disse: “O senso do Estado, ou seja, o dever de buscar o bem comum e não o bem particular ou individual”.¹⁴ Nessa moldura não cabe a aceitação ao paternalismo estatal: “[...] um povo que não se salva sozinho, mas espera a salvação através da assistência do estado está fatalmente destinado a ficar para trás no processo de desenvolvimento econômico social”¹⁵.

Nesse sentido, o viés da natureza humana, nas suas diferentes maneiras de produzir o equilíbrio nas coisas dos seres humanos, por meio de paradoxos e ambiguidades, também se faz presente na questão da ordem econômica internacional. Se, por um lado, para que a ordem econômica internacional consiga ser estável, requer-se a formulação consciente de uma estratégia de crescimento, a fim de atender às circunstâncias de estabilidade social geradas no sistema, por outro lado, para a normatização jurídica, que requer agilidade, e para a previsão das dinâmicas da tecnologia da modernidade, faz-se imprescindível a utilização das previsões constitucionais inseridas no art. 59, V, e no art. 62,

14 Conforme BOBBIO, Norberto e VIROLI, Maurizio. *Diálogo em torno da República: os grandes temas da política e da cidadania*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002. Título original: *Dialogo intorno allá repubblica*, p.47.

15 BOBBIO, Norberto (org. de Alberto Pappuzi). *Diário de um Século*. Autobiografia. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998. Título original: *Autobiografia*, p.79.

da Constituição da República Federativa do Brasil, com importante visão de Canotilho (2008):

A teoria da Constituição serve-lhe, precisamente, para articular, de forma subtil, dois planos de análise: o plano típico de uma ciência normativo-constitucional e o plano de uma ciência da realidade orientada político-sociologicamente.

Este, como alertado acima, é um instrumento de fundamental importância no contexto da adequação de captação das fontes reais e sua transformação em fonte formal do Direito, de modo que o Brasil se adapte aos regramentos internacionais da ordem econômica para efetividade do processo de crescimento de riquezas sociais dentro de um sistema de crescimento organizado e sustentável, de maneira contínua e homogênea nas diversas partes do sistema, em que o sucesso da estratégia de crescimento acaba por produzir o bem-estar social, em que tem destaque o tema a seguir:

Em contrapartida, os estados respondem às demandas do capital transnacional, mas não são capazes, por falta do necessário espaço público transnacional, de transformar em bem-estar para a população a riqueza que circula todos os dias por entre suas fronteiras. O Estado não consegue regular os sistemas de acumulação capitalista e, assim, não cumpre suas funções sociais. Dessa forma, não consegue absorver e responder às atuais demandas causadas pela sociedade de risco global.¹⁶

Numa transação considerada justa por todas as partes, os custos e os benefícios não são igualmente distribuídos, e, num ambiente complexo, como o das transações econômicas internacionais, não há como aferir quantitativamente ganhos e perdas estratégicas. Os fatores que levam ao crescimento em cada época atuam de modo diferenciado sobre as regiões, sobre os países e mesmo sobre setores da economia dentro de um mesmo país.

Por fim, a realidade mostra, de muitas maneiras, que o processo de crescimento econômico nem sempre é homogêneo, e, nesse dilema entre

16 Cruz, Paulo Márcio (org.). *Direito e transnacionalidade*. (Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer orgs.). Curitiba: Juruá, 2009, p. 69.

custos e benefícios que não se distribuem de forma contínua e uniforme entre as nações, é necessário que todos os atores que atuam no sistema da ordem econômica internacional, dentro duma perspectiva global, projetem a proteção transnacional aos mercados que integram o sistema, de modo que se assegure o equilíbrio da espécie humana.

Referências

BECK, Ulrich, 1944. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna, Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash, tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BERCOVICCI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. – São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERNSTEIN, P. L. **The power of Gold**: the history of na obsession. J.Wiley & Sons, 2000.

BOBBIO, Norberto e VIROLI, Murizio. **Diálogo em torno da República**: os grandes temas da política e da cidadania. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002. Título original: Dialogo intorno allá reppublica.

BOBBIO, Norberto. (org. de Alberto Pappuzi). **Diário de um Século**. Autobiografia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BORÓN, Atilio. A sociedade Civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (orgs.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado,1988.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**.

_____. **Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938**.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946.**

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.**

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.**

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

CANNAC, Yves. Modernisation de l'état: l'essentiel reste à Paire. In: **Recue Française d'Administration Publique**. Paris, n. 61, p. 149, jan./mar. 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade.** Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COSSÉ, Pierre-Yves. Un avenir à inventer. In: **Recue Française d'Administration Publique**. Paris. n. 61, p. 155-158, jan./mar. 1992.

CRUZ, Paulo Márcio (org.). **Direito e transnacionalidade.** (Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer orgs.). Curitiba: Juruá, 2009.

FARJAT, Gérard. **Las enseñanzas de medio siglo de derecho económico:** estudios de derecho económico. México: UNAM, 1977.

HECKSCHER, E.F. **Mercantilism.**Routledge. London, 1994.

KRASNER, S. D. **Structural Conflict.** The Third World against Global Liberalism. California University Press, 1985.

_____. **International Regimes.** Cornell University Press, 1983.

LEWIS, W. A. **The Evolution of the International Economic Order.** Eliot Janeway Lectures on Historical Economics in Honor of Joseph Schumpeter. (USA), Princeton University Press, 1977.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ORTIZ, Gaspar Ariflo. **Economía y estado: crisis y rejeónna del sector público**. Madri: Marcial Pons, 1993.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TRIFFIN. R. **The Gold and the Dollar Crisis**. The future of Convertibility. Yale University Press, 1960.

WEBER, Marx. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

Considerações Jurídicas sobre a Emissão das Letras de Crédito Imobiliário

Humberto Cestaro Teixeira Mendes*

Introdução. 1 Da obrigatoriedade de os créditos que lastrearam a emissão da Letra de Crédito Imobiliário constituírem garantia do título. 2 Da modalidade de garantia a ser estabelecida na Letra de Crédito Imobiliário. 3 Da emissão de Letra de Crédito Imobiliário sem a satisfação dos requisitos legais do título. 4 Da Letra de Crédito Imobiliário como título executivo extrajudicial. Conclusão.

Resumo

Analisa questões jurídicas relativas à emissão de Letras de Crédito Imobiliário (LCIs). O trabalho concentra-se na interpretação de dispositivos da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que instituiu o título de crédito, percorrendo, em especial, sobre a obrigatoriedade de os créditos que lastrearam a emissão da LCI constituírem garantia do título. Ao final, expõe-se o entendimento de que a LCI constitui título executivo extrajudicial nos termos da legislação em vigor.

Palavras-chave: Letra de Crédito Imobiliário. Título de Crédito. Garantia. Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Título Executivo Extrajudicial.

* Procurador do Banco Central do Brasil em Brasília. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio).

Abstract

The paper aims to analyze the juridical aspects of the Letter of Credit emission in real estate transactions. The work focuses on the interpretation of the Law n. 10.931, published in August 2nd, 2004, which instituted this credit note and considers that the credit which motivated the Letter of Credit emission must constitute a guarantee of the credit note. At the end, it is exposed an understanding in the sense that this Letter of Credit is an extrajudicial enforcement instrument, according to the Brazilian legislation.

Keywords: Letter of Credit in real estate transactions. Credit Note. Guarantee. Law n. 10.931, published in August 2nd, 2004. Extrajudicial Enforcement Instrument.

Introdução

A Letra de Crédito Imobiliário (LCI) é um título de crédito instituído pela Medida Provisória nº 2.223, de 4 de setembro de 2001, que traçou suas características e seus requisitos essenciais. O referido ato normativo foi editado em contexto de saneamento, reconstituição e aperfeiçoamento do mercado financeiro imobiliário e, como bem colocado na Exposição de Motivos, buscou reduzir riscos presentes nesse nicho mercadológico.

A Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, revogou a referida medida provisória, mas estabilizou a LCI no ordenamento jurídico pátrio ao reproduzir integralmente, em seu teor, os dispositivos da norma extinta. A Exposição de Motivos que acompanhou o projeto da lei em questão enfatizou, novamente, o escopo do legislador de estabelecer regras que conferissem maior segurança às operações creditícias, senão vejamos:

Há o entendimento que a legislação em vigor que trata das operações de crédito de maneira geral e de outras matérias correlatas carece de dispositivos que reduzam a insegurança econômica e jurídica dessas operações, criando óbices ao bom funcionamento do mercado e à garantia

do mutuário. Essa deficiência legal tem, na prática, os efeitos de limitar o acesso ao crédito, de reduzir os recursos disponibilizados e de elevar o custo das operações, em prejuízo do todo social e, em particular, do cidadão comum, tomador do crédito (BRASIL, 2004).

No que tange especificamente aos dispositivos legais, o art. 12 da Lei nº 10.931, de 2004, dispõe sobre as condições de emissão do instrumento, merecendo sua transcrição a seguir:

Art. 12. Os bancos comerciais, os bancos múltiplos com carteira de crédito imobiliário, a Caixa Econômica Federal, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e demais espécies de instituições que, para as operações a que se refere este artigo, venham a ser expressamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, poderão emitir, independentemente de tradição efetiva, Letra de Crédito Imobiliário – LCI, lastreada por créditos imobiliários garantidos por hipoteca ou por alienação fiduciária de coisa imóvel, conferindo aos seus tomadores direito de crédito pelo valor nominal, juros e, se for o caso, atualização monetária nelas estipulados.

§ 1º A LCI será emitida sob a forma nominativa, podendo ser transferível mediante endosso em preto, e conterá:

- I – o nome da instituição emitente e as assinaturas de seus representantes;
- II – o número de ordem, o local e a data de emissão;
- III – a denominação “Letra de Crédito Imobiliário”;
- IV – o valor nominal e a data de vencimento;
- V – a forma, a periodicidade e o local de pagamento do principal, dos juros e, se for o caso, da atualização monetária;
- VI – os juros, fixos ou flutuantes, que poderão ser renegociáveis, a critério das partes;
- VII – a identificação dos créditos caucionados e seu valor;
- VIII – o nome do titular; e
- IX – cláusula à ordem, se endossável.

§ 2º A critério do credor, poderá ser dispensada a emissão de certificado, devendo a LCI sob a forma escritural ser registrada em sistemas de registro e liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil (BRASIL, 2004).

Como se verá a seguir, o regramento da LCI pela Lei nº 10.931, de 2004, exige do intérprete um exame acurado sobre alguns dispositivos da norma, especialmente em seus aspectos gramatical, histórico e finalístico, para que a emissão do título e dos demais atos jurídicos dela decorrentes possam ser realizados de forma adequada, que atenda aos propósitos da instituição dessa modalidade de investimento.

1 Da obrigatoriedade de os créditos que lastrearam a emissão da Letra de Câmbio Imobiliária constituírem garantia do título

A emissão de uma LCI pelas instituições listadas no art. 12 da Lei nº 10.931, de 2004, condiciona-se e fundamenta-se em anterior concessão de crédito imobiliário, devidamente garantida por hipoteca ou alienação fiduciária de coisa imóvel. Em decorrência do desencaixe sofrido com a operação creditícia, torna-se interessante a emissão do título pela entidade, como forma de captação de recursos para suprimento do montante concedido.

A redação conferida ao §1º supracitado, em especial o uso do verbo “conter” na forma imperativa, revela que os requisitos ali elencados são essenciais à validade da LCI, com exceção da cláusula à ordem (inciso IX), passível de supressão a depender da endossabilidade do título. Entre as condições listadas, o inciso VII, que impõe a identificação no título dos créditos caucionados e seu respectivo valor, merece análise aprofundada, em especial sobre a obrigatoriedade de os créditos que lastrearam a emissão da LCI constituírem garantia do título.

Destarte, note-se de imediato que o preceito legal emprega o qualificativo “caucionados”, o que demonstra que a LCI deve conter créditos dados em garantia. Ao dispor que a descrição de tais montantes é requisito essencial à validade da LCI, a norma conduz ao entendimento de que os créditos imobiliários que lastrearam sua emissão assumem, obrigatoriamente, função de assegurar a satisfação do crédito representado no título, no caso de inadimplemento pela emissora do título.

Os demais dispositivos da Lei nº 10.931, de 2004, levam ao mesmo raciocínio, *vide* o art. 14¹, que prevê a possibilidade de garantia fidejussória **adicional** por

1 Art. 14. A LCI poderá contar com garantia fidejussória adicional de instituição financeira.

instituição financeira, considerando, portanto, a existência de outra garantia, assim como o art. 15, *caput*², primeira parte, que estabelece a possibilidade de o título ser garantido por **um ou mais** créditos imobiliários, indicando que o instrumento não pode ser emitido sem o estabelecimento de garantia.

Constata-se, ainda, que o legislador não somente exigiu que a LCI contenha necessariamente uma caução, mas também estabeleceu requisitos específicos para assegurar a efetividade dessa garantia, como a já mencionada identificação dos créditos caucionados e seus valores, a substituição desses créditos por outros da mesma natureza, nos casos mencionados no art. 15, § 2º³, bem como a impossibilidade de o prazo de vencimento do título ser superior ao prazo dos créditos imobiliários que lhe servem de lastro, consoante o art. 15, § 1º⁴.

A interpretação ora extraída do texto normativo é a única que se coaduna com o espírito do legislador ao elaborar as regras, pois, como expressamente manifestado na Exposição de Motivos, a inovação buscou trazer segurança econômica e jurídica aos agentes e às operações creditícias, o que está intimamente relacionado com a necessidade de caucionar os títulos emitidos pelas instituições atuantes no mercado imobiliário. Ora, a emissão de LCI sem a certeza sobre a constituição de garantia acarretaria, por exemplo, a impossibilidade de o investidor avaliar adequadamente os riscos da operação, o que seria contrário ao arcabouço legalmente construído para a sua existência.

Além da interpretação histórica⁵, acima utilizada, a pauta teleológica, que preza pela finalidade normativa, também corrobora o entendimento ora exposto. Isso porque a Lei nº 10.931, de 2004, institui títulos de crédito⁶, instrumentos que, como sabido, têm como principal escopo permitir que obrigações pecuniárias neles representadas sejam transmitidas a outros interessados (*circulem*), senão vejamos o entendimento da doutrina:

2 Art. 15. A LCI poderá ser garantida por um ou mais créditos imobiliários, mas a soma do principal das LCI emitidas não poderá exceder o valor total dos créditos imobiliários em poder da instituição emitente.

3 Art. 15. (...)

§ 2º O crédito imobiliário caucionado poderá ser substituído por outro crédito da mesma natureza por iniciativa do emitente da LCI, nos casos de liquidação ou vencimento antecipados do crédito, ou por solicitação justificada do credor da letra.

4 Art. 15. (...)

§ 1º A LCI não poderá ter prazo de vencimento superior ao prazo de quaisquer dos créditos imobiliários que lhe servem de lastro.

5 A interpretação histórica volta-se para o intuito do legislador, no momento de edição da norma.

6 Além da LCI, a Lei nº 10.931, de 2004, institui a Cédula de Crédito Imobiliário (CCI) e a Cédula de Crédito Bancário (CCB).

Com a criação dos títulos de crédito o dinheiro em espécie é substituído. De início operavam como meros instrumentos do contrato de câmbio trajetício, isto é, operando a circulação de dinheiro. Mais adiante vamos encontrá-los representando valores que podem, desde logo, ser realizados, delineando de forma nítida a sua função essencial, qual seja a circulação do respectivo valor (PAES DE ALMEIDA, 2011).

Nessa via, é de suma importância para o cumprimento dessa finalidade que os agentes econômicos tenham acesso a informações sobre os riscos em que incorrem, quando optam por adquirir determinado instrumento de crédito, até mesmo porque o retorno financeiro pretendido por aqueles está intimamente relacionado ao perfil de risco do ativo por eles adquirido.

No setor imobiliário, em especial, é preponderante que esses títulos tenham vínculo com bens imóveis, que pode ocorrer pela quitação da dívida representada no título com recursos oriundos da exploração econômica dos imóveis, ou pelo oferecimento destes como garantia para o adimplemento da dívida. Tal vinculação é que dá suporte à exposição do investidor ao risco e ao retorno financeiro presentes no mercado imobiliário.

No caso específico da LCI, a lei exige sua emissão com lastro em créditos imobiliários exatamente para que esses negócios jurídicos sirvam de garantia ao adimplemento do débito. Essa estrutura é trazida pela norma por ser um título de crédito voltado particularmente para o mercado imobiliário, cujo perfil de risco e retorno demanda um instrumento que ofereça aos agentes maior segurança.

O entendimento acima é obtido, ainda, se levarmos em conta, no processo de interpretação, os resultados decorrentes da exegese. Nesse sentido, é a lição de Maximiliano (2002, p. 135):

Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese os dados da Sociologia, com o resultado provável de cada interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quanto possível, evita uma consequência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às ideias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direito sujeitas a exame.

Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave.

É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade.

Portanto, a interpretação que conduz à melhor conseqüência à coletividade é aquela que permite a todos os interessados na aquisição do título um exame fidedigno sobre os riscos envolvidos na operação, trazendo maior segurança aos potenciais credores da LCI.

Outrossim, reforça a leitura acima a grande similaridade entre a LCI e as Letras Hipotecárias (LH), título criado pela Lei nº 7.684, de 2 de dezembro de 1988. O art. 1º, *caput*, dessa lei, no entanto, já dispõe de forma mais clara que a LH é garantida por créditos hipotecários, afastando dúvidas interpretativas. No mais, a comparação das regras que disciplinam esses instrumentos demonstra a enorme afinidade formal entre os títulos, até mesmo quanto à identificação da caução no instrumento, a possibilidade de garantia fidejussória adicional por instituição financeira e o estabelecimento de mais de uma garantia creditícia.

Nessa via, a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 2.223, de 2001, instituidora da LCI, traçou a diferenciação entre os dois instrumentos, não incluindo entre as distinções a caução dos créditos, senão vejamos:

Cria-se, com essa medida provisória, a Letra de Crédito Imobiliário (LCI), cuja função será a captação de recursos tendo como lastro contratos imobiliários detidos pela instituição emitente. Difere substantivamente da Letra Hipotecária – de que trata a Lei nº 7.684, de 2 de dezembro de 1988 – por um lado, por poder ter como lastro geral contratos imobiliários com garantia real – inclusive alienação fiduciária – e, não apenas, por hipotecas, e, por outro, por seu lastro estar circunscrito exclusivamente aos contratos com finalidade imobiliária (BRASIL, 2001).

Ora, a eventual exigência de caução somente para a LH, e não para a LCI, seria igualmente relevante para a distinção entre os referidos títulos de crédito, mas isso não é mencionado na exposição de motivos, que discorre que a LCI “difere substantivamente” da LH apenas pela origem do lastro. Em outras palavras, caso a garantia fosse requisito essencial apenas da LH, tal distinção dificilmente passaria incólume no relato do legislador, em sua análise comparativa, o que

indica, portanto, que ambos os títulos devem ser emitidos com a caução dos créditos que os lastrearam.

2 Da modalidade de garantia a ser estabelecida na Letra de Crédito Imobiliário

A Lei nº 10.931, de 2004, não estabelece a forma pela qual os créditos imobiliários constituirão garantia da LCI, permitindo assim que as partes, no âmbito da liberdade negocial, elejam uma modalidade entre aquelas contidas no ordenamento jurídico.

O penhor, por exemplo, é forma de garantia adequada à hipótese em exame, uma vez que o crédito é um dos possíveis objetos dessa modalidade, nos termos do Código Civil (*vide* art. 1.451 e seguintes). Verifica-se que também a cessão fiduciária, disciplinada nos art. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997,⁷ e art. 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965,⁸ com redação dada pela

7 Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterá, além de outros elementos, os seguintes:

I – o total da dívida ou sua estimativa;

II – o local, a data e a forma de pagamento;

III – a taxa de juros;

IV – a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de:

I – conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente;

II – promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária;

III – usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel;

IV – receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.

§ 1º As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia.

§ 2º Se as importâncias recebidas, a que se refere o parágrafo anterior, não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas no contrato.

Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

8 § 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

própria Lei nº 10.931, de 2004, poderia, em princípio, ser adotada para constituição de garantia, visto que são seus objetos, entre outros, os títulos de crédito.

Nesse ponto, verifica-se ainda que a Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu a Letra de Agronegócio (LCA) e o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA), dispôs expressamente, em seu art. 32, sobre a instituição obrigatória da garantia (no caso, o penhor) e dispensou as formalidades do registro e da interpelação do devedor originário (art. 1.452, *caput*, e 1.453 do Código Civil, respectivamente).

A Lei nº 10.931, de 2004, por sua vez, não contém regras sobre as formalidades relativas à garantia da LCI, lacuna que se pode justificar, historicamente, pelo fato de essa lei ter sucedido uma medida provisória⁹ que entrara em vigor em 5 de setembro de 2001; antes, portanto, do advento das regras dos art. 1.452, *caput*, e 1.453 do novo Código Civil.¹⁰ Ao reproduzir, meramente, os dispositivos da medida provisória, é razoável supor que o legislador não se tenha atido às novas exigências de registro e de notificação do devedor, que passaram a vigor em 2003, com o novo diploma civilista.

No entanto, quanto ao registro da garantia, isso não significa que, atualmente, a caução dos créditos deva ser averbada em cartório. Observa-se que a Lei nº 12.543, de 8 de dezembro de 2012, incluiu o art. 63-A na Lei nº 10.931, de 2004,¹¹ dispositivo que determina que o registro de gravames e ônus sobre ativos financeiros e valores mobiliários, em operações realizadas no âmbito do mercado de valores mobiliários ou do sistema de pagamentos brasileiro, deve ser realizado exclusivamente nas entidades expressamente autorizadas para esse fim pelo Banco Central do Brasil (BCB) e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), nos seus respectivos campos de competência. Afasta-se, assim, o registro cartorário, bastando a averbação perante a entidade autorizada pelo BCB ou CVM, para que a garantia tenha efeito *erga omnes*, ou seja, eficácia perante terceiros.

9 Medida Provisória nº 2.223, de 4 de setembro de 2001.

10 A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, foi publicada em 11 de janeiro de 2002, mas entrou em vigor apenas no ano seguinte.

11 Art. 63-A. A constituição de gravames e ônus sobre ativos financeiros e valores mobiliários em operações realizadas no âmbito do mercado de valores mobiliários ou do sistema de pagamentos brasileiro, de forma individualizada ou em caráter de universalidade, será realizada, inclusive para fins de publicidade e eficácia perante terceiros, exclusivamente mediante o registro do respectivo instrumento nas entidades expressamente autorizadas para esse fim pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, nos seus respectivos campos de competência. Parágrafo único. O regulamento estabelecerá as formas e condições do registro de que trata o *caput*, inclusive no que concerne ao acesso às informações.

O disposto neste artigo foi regulamentado pelo Decreto nº 7.897, de 1º de fevereiro de 2013.

A notificação do devedor originário, por seu turno, é exigida pelo art. 1.453 do Código Civil, como condição de eficácia do penhor, para que o devedor efetue o pagamento ao credor pignoratício e, não mais, ao titular do crédito empenhado. Caso não haja a interpelação, o devedor poderá efetuar o pagamento normalmente ao seu credor originário, sendo-lhe ineficaz a avença sobre a qual não foi notificado.

Como a Lei nº 10.931, de 2004, não afastou a aplicação da regra civil, conclui-se que, caso o penhor seja a modalidade de garantia eleita, deve-se observar a formalidade disposta no mencionado art. 1.453. Ressalte-se, no entanto, que tal dispositivo incide somente sobre o penhor de créditos não representados por títulos de crédito¹². Caso o objeto do penhor seja um instrumento cambial, como uma Cédula de Crédito Imobiliário (CCI) ou Cédula de Crédito Bancário (CCB), por exemplo, a intimação do devedor constitui apenas uma faculdade conferida ao credor, nos termos do art. 1.459, III, do Código Civil.

É mister recordar que o penhor não é a única modalidade de negócio jurídico de garantia passível de ser utilizado para LCI. Conforme visto anteriormente, a cessão fiduciária também pode servir ao propósito de jungir a letra e os créditos imobiliários que a lastreiam. Nesse caso, pode-se afirmar que as considerações acima sobre o registro do negócio jurídico perante entidades autorizadas pelo BCB ou pela CVM aplicam-se à cessão fiduciária. E, no que se refere à notificação do devedor original, tem-se, mediante disposição expressa nas Leis nº 4.728, de 1965 (art. 66-B, § 4º)¹³, nº 9.514, de 1997 (art. 19, inciso II)¹⁴, que a intimação do devedor original é apenas uma faculdade do credor cessionário, à semelhança do que ocorre com o penhor sobre títulos de crédito.

Em suma, as instituições devem observar as formalidades legais relativas à modalidade de garantia eleita, bem como as disposições da Lei nº 10.931, de 2004. Frise-se a essencialidade do registro da caução, de forma que lhe dê publicidade e confira ao credor da LCI o tratamento apropriado, em eventual concurso de credores.

12 Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 354.

13 § 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Cf. o disposto no art. 19, II, da Lei nº 9.514, de 1997, na nota de rodapé nº 14, a seguir.

14 Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de: [...] II – promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária [...]

3 Da emissão de Letra de Crédito Imobiliário sem a satisfação dos requisitos legais do título

Caso uma instituição emita a LCI sem observância dos procedimentos cabíveis, como no caso da ausência de constituição de garantia, deve a entidade interessada regularizar os títulos em questão. Nesse diapasão, importa esclarecer que é possível emissão e circulação de um título de crédito incompleto ou com omissões, sem que isso invalide o instrumento cambial, o que é também aplicável à LCI.

O art. 891, do Código Civil, que se aplica supletivamente aos regramentos específicos dos títulos de crédito, permite o atendimento posterior de um requisito essencial do título, preservando a sua natureza cambiária. Por óbvio, exige-se a satisfação plena das exigências legais previamente à apresentação do título pelo seu titular, seja para fins de protesto, seja para fins de cobrança.

Nesse diapasão, válido transcrever as ponderações de Ulhôa Coelho (2008, p. 401) sobre a emissão de título em branco ou incompleto:

A letra de câmbio (e qualquer título de crédito) pode ser emitida e circular validamente, em branco ou incompleta. Quer dizer, os requisitos essenciais da lei não precisam estar totalmente atendidos no momento em que o sacador assina o documento, ou o entrega ao tomador (...). A validade da emissão e circulação do título em branco ou incompleto é fundada na lei (Dec. nº 2.044/2008, art. 3º) e admitida pela jurisprudência (Súmula nº 387 do STF). A letra de câmbio deve estar perfeita, no sentido de atender os respectivos requisitos legais, no momento que antecede ao protesto ou cobrança judicial.

Duarte (2008, p. 45-46) corrobora o entendimento, ao expor que:

Nos títulos típicos, como a letra de câmbio, nota promissória e cheque, eles podem circular sem seus requisitos, menos a assinatura do sacador ou do emitente. A necessidade de termos no título típico todos os requisitos só ocorre quando formos exercer o direito. Então é no momento da cobrança, pois o devedor pode exigir o seu preenchimento. Também, se o título não for pago e tivermos que protestar o título ou ajuizarmos ação de cobrança. Nesses casos deve estar ele completamente preenchido, com os requisitos de validade e no original.

A jurisprudência pátria acolhe tal entendimento, conforme se depreende do enunciado nº 387, da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo o qual “a cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto”. Cumpre registrar que, nos termos dos julgados que conduziram à aprovação da súmula, o entendimento jurisprudencial do STF, que se volta essencialmente para notas promissórias, pode ser estendido a qualquer título de crédito, salvo disposição legal em contrário, o que não ocorre no caso da LCI.

4 Da Letra de Crédito Imobiliário como título executivo extrajudicial

A inexistência de dispositivo, na Lei nº 10.931, de 2010, definindo expressamente a LCI como um título executivo extrajudicial, conduziria, em uma análise preliminar, ao entendimento de que o instrumento não se caracterizaria como tal. Isso porque o art. 585 do Código de Processo Civil (CPC) adota o princípio da taxatividade, ou seja, somente revestem-se de força executiva aqueles títulos ao qual a lei expressamente confira tal atributo.

No entanto, não se pode olvidar que os títulos executivos também se sujeitam ao princípio da tipicidade, fazendo com que esses documentos decorram de previsões normativas (tipos legais), devendo encaixar-se em uma das hipóteses dispostas na lei. Acrescente-se que o art. 585 do CPC contém “tipos abertos”, que permitem o enquadramento de determinado título como executivo, caso se assemelhe à hipótese contida na lei. Nessa via, é válido transcrever a lição de Didier Júnior (2012, p. 157):

Por sua vez, há títulos executivos que decorrem de tipos abertos, funcionando com base na semelhança, por não possuírem elementos normativos rígidos ou determinados com rigor. [...] Não há, nesses casos, uma descrição rigorosa, rígida, exaustiva, minuciosa do tipo, enquadrando-se na hipótese legal todos aqueles que se assemelhem à previsão normativa.

Para ilustrar a tese acima, colaciona-se a seguir decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA DIÁRIA. COMINAÇÃO POR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. 1. Alegação de inexigibilidade do título desprovida de fundamentação substancial, diante da disciplina do art. 461, §4º, do CPC, que prevê a cominação de multa diária com escopo de fazer cumprir a determinação judicial em prazo razoável. 2. A par do princípio da taxatividade, no sentido de que apenas a lei pode criar título executivo, encontra-se o princípio da tipicidade, que admite a possibilidade de tipos legais abertos, a exemplo do art. 475-N, I, do CPC, que conferi força executiva às obrigações constituídas em decisões que cominam multa diária. 3. “A decisão interlocutória que fixa multa diária por descumprimento de obrigação de fazer é título executivo hábil para a execução definitiva» (STJ, Terceira Turma. AGREsp 724160/RJ. Relator Ministro ARI PARGENDLER. Data da decisão: 4/12/2007). 4. Encontra-se preclusa a decisão que determinou o cumprimento da sentença na modalidade de obrigação de fazer, e estipulou multa diária por atraso no cumprimento da obrigação, cujo valor de R\$ 20,00 condiz com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 5. Diante do grande volume de ações envolvendo o FGTS, deve a CAIXA melhor se aparelhar, de modo a cumprir as determinações judiciais tempestivamente. 6. Apelação não provida. (TRF 5ª Região, Apelação Cível nº 411.583, 3ª Turma, publicado em 12 de janeiro de 2012 – grifos do autor.)

Ora, trata-se precisamente do caso da LCI que, por ser necessariamente garantida por caução, enquadra-se na hipótese do inciso III, do art. 585, do CPC. Tal dispositivo determina que são títulos executivos extrajudiciais “os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e **caução**, bem como os de seguro de vida”. A emissão da LCI resultou da celebração de uma avença entre a instituição emissora (devedora) e o investidor (credor), cuja obrigação principal foi garantida pela caução de um crédito imobiliário, recaindo com precisão no tipo legal mencionado.

Nessa via, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) elucida a amplitude do termo “caução” contido no art. 585, III, do CPC, senão vejamos:

EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. FIANÇA. ART. 585, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. A caução é uma garantia que tanto pode ser real como pessoal. A caução pessoal é também conhecida como fiança. A fiança, prestada no próprio contrato, está aperfeiçoada, configurando título executivo extrajudicial, nos termos do art. 585, III, do Código de Processo Civil, dispensada, desse modo, a exigência da assinatura das duas testemunhas, a que se refere o inciso II do mesmo artigo.

2. Recurso não conhecido.

(STJ, Resp nº135.475, 3ª Turma, publicado em 24 de agosto de 1998)
PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CONTRATO DE FIANÇA. TÍTULO EXECUTIVO. ART. 585, III, CPC. EXEGESE. DOCTRINA. TENDÊNCIA ATUAL. RECURSO DESACOLHIDO.

I – Segundo lições da doutrina, na expressão “caução”, do inciso III do art. 585, CPC, compreendem-se tanto a caução real como a fidejussória.

II – Dispensável, para a eficácia executiva do contrato de caução, previsto no inciso III do art. 585, CPC, a existência de duas testemunhas. Quando o legislador desejou a imprescindibilidade da presença de testemunhas, a declarou expressamente, a exemplo do que se vê no inciso anterior (II).

III – Nítida é a tendência atual, refletida, inclusive, na «reforma» em curso da nossa legislação processual, em alargar o elenco dos **títulos executivos extrajudiciais**, exatamente para fazer com que o comércio flua de maneira mais efetiva.

(STJ, Resp nº129.002, 4ª Turma, publicado em 28 de junho de 1999.)

Ademais, cabe destacar que a LCI reveste-se do requisito exigido pela lei para que se reconheça a força executiva a um título, a saber, conter uma obrigação certa, líquida e exigível (art. 586, do CPC). Isso porque não há controvérsia sobre o crédito representado no título (certeza), o valor da prestação é determinado (liquidez) e o pagamento não depende de termo, condição ou qualquer outra limitação (exigibilidade) (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 142-143).

Com efeito, entende-se que a LCI pode ser considerada título executivo extrajudicial, com base no inciso III, do art. 585, do CPC.

Conclusão

A Lei nº 10.931, de 2004, e os títulos de crédito por ela instituídos objetivaram afastar a insegurança econômica e jurídica das operações creditícias celebradas no âmbito do mercado mobiliário. No que tange particularmente à LCI, o diploma normativo revestiu-a de características compatíveis com as peculiaridades desse mercado, permitindo, em especial, que o investidor avalie de forma adequada os riscos e o retorno financeiro da aquisição do título.

Com isso, depreende-se que a lei determina que os créditos imobiliários que lastreiam a emissão da LCI devem constituir garantia do título. Tal interpretação normativa coaduna-se com o texto utilizado pelo legislador, bem como às perspectivas histórica e teleológica que permearam a elaboração da lei. Ademais, deste entendimento é possível concluir ainda que a LCI deve ser considerada título executivo extrajudicial, enquadrando-se na hipótese constante no inciso III do art. 585 do CPC.

Referências

- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COSTA, Wille Duarte. **Títulos de Crédito**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. Bahia: Editora Jus Podium, 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 19.^a Ed. 2002.
- PAES DE ALMEIDA, Amador. **Teoria e Prática dos Títulos de Crédito**. São Paulo: Ed. Saraiva. 29.^a Ed. 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Parecer Jurídico 6/2015-BCB/PGBC

Parecer que analisa a questão relativa à autoridade competente para analisar e aprovar operação de interesse de administradora de consórcio que possa caracterizar ato de concentração no sistema de consórcios.

Alexandre Forte Maia

Procurador do Banco Central

Danilo Takasaki Carvalho

Procurador-Chefe

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Procurador-Geral do Banco Central, Substituto

Parecer Jurídico 6/2015-BCB/PGBC
Proc. 1401594556

Brasília, 7 de janeiro de 2015.

Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Consulta encaminhada pelo chefe de gabinete do Diretor de Organização do Sistema Financeiro e Controle de Operações do Crédito Rural (Diorf). Solicitação proveniente da Associação Brasileira de Administradoras de Consórcios (ABAC). Definição da competência para julgamento de atos de concentração no sistema de consórcio. Competência exclusiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Inexistência de prejuízo ou condições para o exercício das atribuições do Banco Central que decorrem da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, e da regulamentação correspondente.

Senhor Procurador-Chefe,

ASSUNTO

A Associação Brasileira de Administradoras de Consórcios (ABAC) solicitou ao Diretor de Organização do Sistema Financeiro e Controle de Operações do Crédito Rural (Diorf) esclarecimentos a respeito da autoridade competente para “analisar e aprovar operação de interesse de administradora de consórcio que possa caracterizar ato de concentração” (fl. 1).

2. O chefe de gabinete do Diorf, no despacho de fl. 2, registra a pertinência da dúvida suscitada pela ABAC e, em consequência, submete o assunto a esta Procuradoria-Geral, para análise jurídica.

3. Esse é o relatório.

APRECIACÃO

4. Cumpre assinalar inicialmente que, conforme entendimento¹ pacificado nesta Procuradoria-Geral, não compete ao Banco Central prestar assessoria jurídica a terceiros, relativa à interpretação de normas legais e constitucionais. Nessa perspectiva, eventual resposta à demanda apresentada à autarquia, com esclarecimentos jurídicos em relação ao tema nela veiculado, contrariaria essa orientação. No entanto, a área técnica encampou a dúvida apresentada pela ABAC, revelando interesse em relação à posição que se pode extrair da legislação em vigor acerca da competência para a tutela da concorrência no mercado de consórcios. Assim, a vertente manifestação tem o objetivo exclusivo de assessorar juridicamente a área de organização e subsidiar a formação de opinião técnica a respeito da necessidade de se adotar, em relação à matéria, medida no âmbito do Banco Central.

5. Pois bem. Nos próximos parágrafos será demonstrado, em primeiro lugar, que a base legal que fundamenta a competência antitruste do Banco Central em relação às instituições integrantes do Sistema Financeiro não se aplica às administradoras de consórcio. Em seguida, será evidenciado que não há na legislação que rege as atividades de consórcio qualquer dispositivo capaz de excepcionar (ou até complementar) a legislação geral antitruste, que confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) competência para julgar atos de concentração². Com isso, será possível concluir, ao final, que, sem prejuízo das atribuições do Banco Central, cabe ao Cade analisar e aprovar operação de interesse de administradora de consórcio que possa caracterizar ato de concentração.

6. A Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008³, disciplina atualmente o Sistema de Consórcio. O diploma manteve no Banco Central a supervisão e a regulação do setor, disciplinando, entre outros pontos: (i) os conceitos fundamentais acerca dos grupos e das administradoras; (ii) a regulação e a

1 Nesse sentido, vide, entre outros, Parecer Jurídico 172/2013-BCB/PGBC, de 22 de maio de 2013, da procuradora Amanda Marcos Favre, aprovado pela procuradora-chefe Eliane Coelho Mendonça; Nota Jurídica 4712/2013-BCB/PGBC, de 30 de agosto de 2013, do procurador Eduardo Henrique Neves Lima, aprovada pelo procurador-chefe Cassiomar Garcia Silva e pelo subprocurador-geral Arício José Menezes Fortes; e Nota Jurídica 1580/2014-BCB/PGBC, de 25 de abril de 2014, do procurador Luiz Eduardo Galvão Machado Cardoso, aprovada pelo procurador-chefe Cassiomar Garcia Silva.

2 No decorrer desta manifestação, as referências a ato de concentração devem ser compreendidas nos termos e para os fins da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

3 Ementa: “[d]ispõe sobre o Sistema de Consórcio”.

fiscalização dos agentes que atuam no mercado de consórcio; (iii) a natureza e os elementos dos vínculos contratuais entre consorciados e com a administradora; (iv) a constituição, funcionamento e encerramento dos grupos; (v) os recursos não procurados; (vi) a administração especial e liquidação extrajudicial de administradora; e (vii) medidas punitivas.

7. De acordo com a Lei nº 11.795, de 2008, compete ao Banco Central regulamentar e supervisionar as atividades do sistema de consórcio. Em especial, cabe à autarquia conceder autorização para constituição e funcionamento, transferência de controle societário e reorganização das administradoras de consórcio, nos termos da regulamentação⁴ por ela editada. É o que se pode extrair do disposto nos arts. 6º e 7º, *caput* e inciso I, do referido diploma:

Art. 6º A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades do sistema de consórcios serão realizados pelo Banco Central do Brasil.

Art. 7º Compete ao Banco Central do Brasil:

I – conceder autorização para funcionamento, transferência do controle societário e reorganização da sociedade e cancelar a autorização para funcionar das administradoras de consórcio, segundo abrangência e condições que fixar; [...].

8. Embora o Banco Central detenha a responsabilidade legal de autorizar operações societárias, como transferência de controle societário, cisão, fusão e incorporação – e isso, em tese, possa implicar certa responsabilidade sobre as condições de concorrência nesse setor da economia (este ponto será abordado no final desta manifestação) –, não há razões legais para supor que o exercício dessa competência também abranja a avaliação e o julgamento, fundados na tutela da concorrência, do impacto dessas operações na competição entre os agentes que exercem atividades no setor de consórcios.

9. Essa conclusão pode parecer incomum em um primeiro momento, tendo em vista a constatação de que o Poder Judiciário tem consolidado orientação no sentido de que compete ao Banco Central, privativamente, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive do Cade, analisar e aprovar atos de

⁴ Hoje, a Circular nº 3.433, de 3 de fevereiro de 2009, disciplina o assunto.

concentração, bem como regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, com base no disposto no art. 192⁵ da Constituição da República e, em especial, no art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro 1964, *in verbis*:

Art. 18. As **instituições financeiras** somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

[...]

§ 2º O Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência **entre instituições financeiras**, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (**Vetado**) nos termos desta lei. (G.n.)

10. A ementa do julgamento do REsp 1094218/DF no Superior Tribunal de Justiça (STJ) bem demonstra que o Banco Central é a única autoridade antitruste do sistema financeiro⁶:

ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – LEIS 4.595/64 E 8.884/94 - PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU.

1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição, relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, **nos termos da Lei 4.594/64.**
2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94.
3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade.
4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.

5 “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

6 Na verdade, essa competência se dirige apenas às instituições supervisionadas pelo Banco Central, nos termos da Lei nº 4.595, de 1964. Seguradoras e entidades de previdência complementar, por exemplo, que se inserem no conceito amplo de sistema financeiro, não precisam submeter à autarquia, para julgamento, eventual ato de concentração.

5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50).
6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.
7. Recurso especial provido.⁷ (G.n.)

11. A posição do STJ se alinhou com a orientação da Advocacia-Geral da União (AGU), proferida e reiterada em mais de uma ocasião⁸, e é reproduzida em recentes precedentes⁹ desta Procuradoria-Geral.

12. No entanto, é preciso deixar claro que a orientação prevalente no Poder Judiciário e nos precedentes da AGU e desta Procuradoria-Geral não contradiz a afirmação, já registrada no parágrafo 8, acima, de que não compete ao Banco Central julgar atos de concentração econômica, sob o enfoque concorrencial, no mercado de consórcios. As razões que sustentam essa conclusão são mencionadas abaixo.

13. A competência antitruste da autarquia se direciona a instituições financeiras e demais instituições regidas pela Lei nº 4.595, de 1964, que se inserem no que se convencionou denominar sistema financeiro em sentido estrito (aquele composto por entidades que se submetem à regulação do Conselho Monetário Nacional – CMN e à supervisão do Banco Central¹⁰). E administradoras de consórcio não são instituições financeiras, tampouco estão submetidas à disciplina prevista na Lei nº 4.595, de 1964¹¹. A orientação que

7 STJ, REsp 1094218/DF, Relator(a) Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 12/04/2011.

8 Os Pareceres 02/2009/MP/CGU/AGU e 09/2009/MP/CGU/AGU, ratificaram o entendimento do Parecer nº GM-020, tendo sido este último, inclusive, acolhido pelo Consultor-Geral da União e pelo Advogado-Geral da União, tornando-se vinculante para toda a advocacia pública federal, conforme dicção do art. 4º, X, XI e XIII, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

9 C.f. Parecer PGBC nº 327, de 2011, do Procurador Jefferson Siqueira de Brito Alvares, aprovado pelo Chefe de Gabinete do Procurador-Geral Marcel Mascarenhas dos Santos e pelo Procurador-Geral Isaac Sidney Menezes Ferreira, e Nota Jurídica PGBC nº 142, de 2013, da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça, aprovado pela Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, pelo Procurador-Geral Adjunto Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e pelo Procurador-Geral Isaac Sidney Menezes Ferreira.

10 Definição pragmática, que, embora não seja completa, serve para construir de forma adequada a tese desenvolvida no parecer vertente.

11 De acordo com o art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964, “consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”. O parágrafo único do referido artigo esclarece que, para os efeitos do diploma em questão, “equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual”. O § 1º do art. 18 direciona o regime da Lei nº 4.595, de 1964, para “bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras”.

sustenta a competência do Banco Central no campo concorrencial leva em consideração a natureza das entidades que estão submetidas ao seu poder de supervisão, bem como o diploma que fundamenta esse poder. Vale dizer, o Banco Central não detém competência para avaliar atos de concentração de todas as entidades que estão submetidas a sua supervisão, mas apenas daquelas que integram o universo de entidades disciplinadas pela Lei nº 4.595, de 1964, e que compreendem o sistema financeiro, em sentido estrito; ficam fora, portanto, as administradoras de consórcio.

14. Não diverge dessa orientação o exposto no Parecer PGBC-311, de 5 de julho de 2004¹², segundo o qual se submetem à competência concorrencial do Banco Central as entidades compreendidas pelo poder de supervisão da autarquia que decorre da Lei nº 4.595, de 1964 (no pronunciamento, foram citadas, como exemplo, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários). Em sentido contrário, é possível inferir do referido precedente que estão fora dos limites dessa atribuição antitruste as entidades supervisionadas pela autarquia com fundamento em outros diplomas – caso das administradoras de consórcio.

15. De fato, embora as administradoras de consórcio sejam reguladas e supervisionadas pelo Banco Central, elas não se submetem às disposições da Lei nº 4.595, de 1964, diploma do qual se extraiu o fundamento legal para a construção da tese que defende a competência antitruste da autarquia no âmbito do sistema financeiro.

16. Por outro lado, não se desconhece o fato de que, a rigor, as sociedades de consórcio administram recursos de terceiros. No entanto, sob o enfoque estritamente legal – que é o relevante para efeito de definição de competência de órgãos públicos –, não há dúvida de que, segundo a legislação em vigor, as administradoras de consórcio não são instituições financeiras. Evidencia essa opinião, junto com a não incidência da Lei nº 4.595, de 1964, a existência de diploma específico a disciplinar essas sociedades, revestido da forma de lei ordinária. Ora, se as administradoras de consórcio fossem consideradas integrantes do sistema financeiro nacional, a disciplina de suas atividades estaria

12 Do procurador Luiz Carlos Bivar Corrêa Júnior, aprovado pelo procurador-chefe Nelson Alves de Aguiar Junior e pelo subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos.

submetida a reserva de lei complementar, tendo em vista o disposto no art. 192¹³ da Constituição da República – como no caso das cooperativas de crédito, que são instituições financeiras e integram o sistema financeiro nacional, e, por isso, têm suas atividades disciplinadas em lei complementar, a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009¹⁴.

17. Aliás, o art. 1º¹⁵ da Lei nº 11.795, de 2008, deixa patente que o Sistema de Consórcios é regulado por um microsistema próprio e específico, que não se comunica nem extrai sua razão de existência e eficácia da Lei nº 4.595, de 1964. Constitui evidência dessa realidade o fato de que as administradoras de consórcios são regidas por regras próprias de constituição e funcionamento, previstas na Circular nº 3.433, de 3 de fevereiro de 2009, cuja base legal é exatamente a Lei nº 11.795, de 2008, apenas. De modo distinto, a constituição e o funcionamento das instituições financeiras constam em atos do CMN, editados com base na Lei nº 4.595, de 1964, e na Lei Complementar nº 130, de 2009, como a Resolução nº 4.122, de agosto de 2012¹⁶, e a Resolução nº 3.859, de 27 de maio de 2010¹⁷.

18. De qualquer modo, é importante esclarecer que as administradoras de consórcio, por disposição legal expressa, são equiparadas a instituições financeiras, mas somente¹⁸ para fins penais, de acordo o inciso I¹⁹ do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986²⁰. Aliás, não é novidade que o Poder

13 “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

14 Ementa: “[d]ispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo e revoga dispositivos das Leis nºs 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 5.764, de 16 de dezembro de 1971”.

15 “Art. 1º O Sistema de Consórcios, instrumento de progresso social que se destina a propiciar o acesso ao consumo de bens e serviços, constituído por administradoras de consórcio e grupos de consórcio, **será regulado por esta Lei.**” (G.n.)

16 Disciplina a constituição e o funcionamento de “bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, bancos de câmbio, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, companhias hipotecárias, agências de fomento, sociedades de arrendamento mercantil, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários e sociedades corretoras de câmbio” (art. 1º, inciso I).

17 Ementa: “[a]ltera e consolida as normas relativas à constituição e ao funcionamento de cooperativas de crédito”.

18 Cumpre esclarecer, em acréscimo, que as administradoras de consórcio não são equiparadas a instituições financeiras, para os efeitos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, pois não constam no rol previsto no § 1º do art. 1º do citado diploma. Assim, os dados e as operações da administradora com seus clientes são protegidos pelo direito à intimidade, e não pelo sigilo bancário, segundo precedentes desta Procuradoria-Geral (conferir, por exemplo, a Nota Jurídica PGBC-3186, de 10 de julho de 2006, do procurador José Henrique Reis Rodrigues, aprovada pelo coordenador-geral Nivaldo Faria Baldini).

19 “Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: [...] I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; [...]”

20 Ementa: “[d]efine os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências”.

Judiciário tem reconhecido essa equiparação. Denotam esse ponto de vista os seguintes arestos do STJ e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ADMINISTRAÇÃO DE CONSÓRCIO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA POR EQUIPARAÇÃO. REPRESENTANTE LEGAL. ARTS. 1º, I, E 25 DA LEI 7.492/86. GARANTIA DA SOLVÊNCIA DA INSTITUIÇÃO E CREDIBILIDADE DOS AGENTES DO SISTEMA. ADEQUAÇÃO TÍPICA DO FATO, EM TESE, AO ART. 5º DA LEI 7.492/86. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, VI, DA CF/88 E ART. 26 DA LEI 7.492/86.

I. Cuida-se de Inquérito Policial, instaurado para investigar delito atribuído aos representantes legais de empresa autorizada, à época, a administrar grupos de consórcio - como tal, equiparada a instituição financeira, na forma do art. 1º, I, da Lei 7.492/86 -, em que figura, com uma das vítimas, consorciado que não teve garantido o pagamento de Carta de Crédito, pela aludida administradora de consórcio, cuja liquidação extrajudicial foi posteriormente decretada.

II. Conquanto a empresa detivesse, à época da adesão da vítima ao consórcio, autorização para funcionar como administradora de grupos de consórcios, conforme informação prestada pelo Banco Central do Brasil, o seu representante legal, ao não repassar, injustificadamente, o pagamento do valor constante da Carta de Crédito, praticou, em princípio e em tese, a conduta tipificada no mencionado art. 5º da Lei 7.492/86, de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 26 da Lei 7.492/86 e do art. 109, VI, da CF/88.

III. Consoante a jurisprudência da Terceira Seção do STJ, “a Lei 7.492/86 equipara ao conceito de instituição financeira a pessoa jurídica que capta ou administra seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros. Encontrando-se a conduta tipificada, ainda que em tese, em dispositivo da Lei 7.492/86, a ação penal deve ser julgada na Justiça Federal. Havendo interesse da União na higidez, confiabilidade e equilíbrio do sistema financeiro, tem-se que a prática ilícita configura matéria de competência da Justiça Federal” (STJ, CC 41915/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, DJU de 01/02/2005).

IV. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Federal da 6ª

Vara Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Valores, da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitante.²¹

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ART. 7º, INCISO VII, LEI 7.492/86. CONSÓRCIO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EQUIPARAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. ART. 16, LEI 8.137/90. INDUÇÃO DE CONSUMIDORES A ERRO. LINHAS TELEFÔNICAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. PROVA. EXISTÊNCIA. PENAS. MAJORAÇÃO E REDUÇÃO. IMPROVIMENTO.

1. A atividade de consórcio se equipara à de instituição financeira para fins penais, consoante inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.492/86 (precedentes).
2. O crime previsto no art. 16 da Lei 7.492/86, da espécie formal, dispensa a prova do resultado naturalístico para aperfeiçoamento, consistente no efetivo prejuízo para o Sistema Financeiro. A ausência de autorização do Banco Central do Brasil é bastante para a consumação.
3. A indução de pessoas a erro, no sentido da aquisição de linhas telefônicas por meio de consórcio aparentemente regular, plenamente comprovada.
4. Descabe majoração da pena, com base em motivo assentado no lucro fácil, quando este é elemento do próprio tipo penal atentatório contra o Sistema Financeiro Nacional.
5. Recursos do Ministério Público Federal e do réu não providos.²²

19. Como essa equiparação tem aplicação somente no campo penal, não é lícito valer-se das disposições contidas na Lei nº 7.492, de 1986, com o escopo de considerar administradora de consórcio, para fins de regulação técnica e de defesa da concorrência, instituição financeira.

20. Desse modo, uma vez demonstrado que não se aplica às administradoras de consórcio a Lei nº 4.595, de 1964, mas sim a Lei nº 11.795, de 2008, cumpre agora esclarecer a relação desse último diploma com a legislação que disciplina a atuação do Cade, bem como averiguar a existência de regra específica apta a excepcionar ou complementar, no que toca à tutela da concorrência no sistema de consórcio, as atribuições do Cade.

21 STJ, CC 108105/SP, Relator(a): Ministra Assusete Magalhães, Terceira Seção, DJe de 30/10/2013.

22 TRF1, ACR 2002.32.00.003553-0/AM, Relator Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 de 11/01/2013.

21. A Lei nº 11.795, de 2008, não dispõe, sequer de forma indireta, sobre a defesa da concorrência pelo Banco Central no mercado de consórcio. E, diante da ausência de disposição expressa e específica nesse diploma, impõe-se a conclusão de que compete ao Cade, com exclusividade, exercer o controle da concorrência nesse setor. Afinal, para que seja possível identificar as hipóteses em que a lei visou subtrair ao controle do Cade determinada atividade econômica, é preciso que a lei expressamente manifeste a intenção de substituir o sistema concorrencial pelo sistema regulamentar – o que não foi feito no caso em estudo.

22. Sobre as formas de interação entre atribuições do Cade e de autoridades reguladoras setoriais, conferir o trecho abaixo:

Com efeito, o enfoque trazido até o presente momento serve para a verificação de competências e grau de atuação das autoridades. Temos assim: (i) atividades que prescindem de concorrência e há apenas a regulação setorial; (ii) atividades em que a concorrência pode ser exigida, devendo-se tratar conjuntamente o binômio regulação/concorrência.

Para saber as funções do regulador e a observância das perspectivas concorrenciais, a doutrina, alicerçada nos dispositivos legais de regência, vislumbrou hipóteses de competências: i) o legislador apresenta a solução; **ii) no silêncio da lei, interpreta-se pela aplicação da regulação geral, vislumbrando-se a competência do ente antitruste;** iii) no caso de serviço público, a última palavra é do regulador setorial, em razão das peculiaridades do serviço público, ressalvado dispositivo legal em sentido contrário.²³ (G.n.)

23. De fato, “quando a lei silenciar, entendemos que, em se tratando de agência reguladora de atividade econômica, prevalecerá, em princípio, a competência do Cade”²⁴. Assim, tendo em vista que a Lei nº 11.795, de 2008, nada dispôs sobre a tutela da concorrência, aplica-se a regra geral em vigor, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

23 BANDIN, Arthur Sanchez; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Conflito entre normas do Cade e da Anatel. Publicações da Escola da AGU: *Debates em Direito da Concorrência: Coletânea de artigos*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011, p. 45.

24 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 294.

24. No caso específico do Banco Central, reforça essa opinião a avaliação da legislação de outro setor econômico, cuja submissão aos poderes de regulação e de supervisão da autarquia não decorrem da Lei nº 4.595, de 1964. Trata-se dos arranjos de pagamento e de instituições de pagamento. A Lei nº 12.865, de outubro de 2013, que disciplina essas instituições, estabelece, no § 5º²⁵ do seu art. 9º e no parágrafo único²⁶ do seu art. 11, que a competência da autarquia não afeta as atribuições legais do SBDC em relação ao controle de estruturas e de condutas. Isso só robustece a tese de que o Banco Central detém competência concorrencial apenas em relação às instituições financeiras (na verdade, integrantes do sistema financeiro, em sentido estrito), submetidas aos termos da Lei nº 4.595, de 1964. Embora a Lei nº 11.795, de 2008, não tenha dispositivo semelhante ao previsto na lei que disciplina os arranjos, o silêncio sobre o assunto revela a intenção, tanto do legislador quanto da lei, de fazer prevalecer, em relação às administradoras de consórcio, a competência do Cade em assuntos relacionados à defesa da concorrência. Admitir o contrário, seria conferir uma inadequada envergadura ao silêncio da lei e exceder os limites aceitos pela hermenêutica jurídica.

25. Dessa forma, ao contrário do que ocorre no caso do controle, sob a perspectiva concorrencial, de operações societárias que envolvam instituições financeiras, não há, em relação ao setor de consórcios, conflito aparente entre normas que delimitam a regulação setorial e normas que disciplinam a defesa da concorrência, nem se deve cogitar, por conseguinte, a aplicação do princípio da especialidade para afastar aparente antinomia. Isso porque não existe na Lei nº 11.795, de 2008, norma especial a afastar ou complementar os efeitos da lei do Cade, que atribui àquela autarquia competência para aprovar atos de concentração econômica, assim definidos no art. 88²⁷ da Lei nº 12.865, de 2013.

25 “Art. 9º Compete ao Banco Central do Brasil, conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional: [...]. § 5º As competências do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil previstas neste artigo não afetam as atribuições legais do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nem as dos outros órgãos ou entidades responsáveis pela regulação e supervisão setorial.”

26 “Art. 11. As infrações a esta Lei e às diretrizes e normas estabelecidas respectivamente pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil sujeitam a instituição de pagamento e o instituidor de arranjo de pagamento, bem como seus administradores e os membros de seus órgãos estatutários ou contratuais, às penalidades previstas na legislação aplicável às instituições financeiras. Parágrafo único. O disposto no caput não afasta a aplicação, pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, das penalidades cabíveis por violação das normas de proteção do consumidor e de defesa da concorrência.”

27 “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).”

26. E essa opinião não decorre de inovação introduzida recentemente no ordenamento jurídico pelos diplomas em vigor, acima citados. Também na legislação precedente, já revogada, a então autoridade reguladora do setor de consórcio, o Ministério da Fazenda, não era responsável pela defesa da concorrência. De acordo com o art. 7º, I²⁸, da Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971²⁹, competia ao Ministério da Fazenda, nos termos e condições gerais fixados em regulamento, autorizar as operações de consórcio. Entretanto, naquele diploma – assim como no vigente – não constava previsão que conferisse, direta ou indiretamente, à autoridade reguladora competência para assegurar a concorrência entre administradoras de consórcio.

27. À época da edição da Lei nº 5.768, de 1971, o controle da concorrência estava previsto na Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962³⁰, que criou o Cade, então, um órgão integrante do Poder Executivo Federal, sem natureza autárquica.

28. O art. 33³¹ da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991,³² transferiu ao Banco Central a competência para regular o mercado de consórcios, sem, contudo, revogar as disposições da Lei nº 5.768, de 1971, que, assim, ainda informava a estrutura normativa que disciplinava as administradoras de consórcio à época da superveniência da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994³³. Esse último diploma fixou, até o advento da Lei nº 12.529, de 2011, as regras gerais de defesa da concorrência, aplicáveis a qualquer tipo de atividade econômica (cf. os já revogados arts. 2º³⁴ e 15³⁵), inclusive aos consórcios.

29. Sobre o alcance da Lei nº 8.884, de 1994, e a possibilidade de se excepcionar esse diploma, Salomão Filho destaca:

28 “Art 7º Dependirão, igualmente, de prévia autorização do Ministério da Fazenda, na forma desta lei, e nos termos e condições gerais que forem fixados em regulamento, quando não sujeitas à de outra autoridade ou órgãos públicos federais: I - as operações conhecidas como Consórcio, Fundo Mútuo e outras formas associativas assemelhadas, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza; [...]”

29 “Abre a legislação sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelece normas de proteção à poupança popular, e dá outras providências.”

30 Regulava a repressão ao abuso do poder econômico.

31 “Art. 33. A partir de 1º de maio de 1991, são transferidas ao Banco Central do Brasil as atribuições previstas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, no que se refere às operações conhecidas como consórcio, fundo mútuo e outras formas associativas assemelhadas, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza. Parágrafo único. A fiscalização das operações mencionadas neste artigo, inclusive a aplicação de penalidades, será exercida pelo Banco Central do Brasil.”

32 Ementa: “[e]stabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências”.

33 Ementa: “[t]ransforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências”.

34 “Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”

35 “Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

O art. 15 da Lei 8.884/94 expressamente submete ao regime antitruste todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Esta disposição revela de forma inquestionável a intenção do legislador de submeter ao CADE todos os atos e ajustes entre empresa, mesmo aqueles sujeitos ao controle estatal. Isso faz com que a desaplicação do direito antitruste só possa ser cogitada em hipóteses excepcionais.³⁶ (G.n.)

30. Durante a vigência dessa lei antitruste, foi editada a Lei nº 11.795, de 2008, que, ao instituir novo marco legal para o mercado de consórcios, não trouxe qualquer hipótese excepcional relacionada ao controle de estruturas e condutas no âmbito do setor de consórcios. Assim, diante da ausência de tratamento expresso e específico no mencionado diploma, continuou a ser aplicável a regra geral sobre defesa da concorrência, hoje prevista na Lei nº 12.529, de 2011, que revogou os artigos da Lei nº 8.884, de 1994, relacionados ao tema.

31. Conforme destacado acima, não compete ao Banco Central julgar atos de concentração, nos termos e para os fins colimados na lei antitruste. Na verdade, não se pode sequer cogitar, no que toca ao tema concorrência, um modelo de competências complementares da autarquia e do Cade, como o que se verifica no caso da relação entre Cade e Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)³⁷, conforme preceitos³⁸ da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997³⁹. Isso porque, ao

36 SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In Campilongo, Celso, Veiga da Rocha, Jean Paul Cabral e Lessa Mattos, Paulo Todescan (org.), *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, São Paulo, Max Limonad, 2002.

37 Cf. LEEBOS, Carolina Moura. Divisão de Competências e Articulação entre Reguladores Setoriais e Órgãos de Defesa da Concorrência. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 217-238.

38 “Art. 2º O Poder Público tem o dever de: [...] III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários; [...]”

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei. § 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica. § 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

[...]

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; [...].”

39 Ementa: “[d]ispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão

contrário do que dispõe a lei que disciplina as atividades da Anatel, não há na Lei nº 11.795, de 2008, qualquer disposição que estabeleça a coordenação entre as autoridades reguladora e antitruste na análise de atos de concentração econômica.

32. Isso, contudo, não significa que as atribuições legais do Banco Central não tenham, na prática, qualquer impacto sobre a concorrência no mercado de consórcios. Com base no art. 6º da Lei nº 11.795, de 2008, cabe ao Banco Central normatizar as atividades do sistema de consórcios, bem como conceder, conforme disposto no art. 7º, inciso I, autorização para transferência de controle societário e reorganização de sociedade, segundo abrangência fixada na regulamentação por ele editada. Ao exercer essas competências, atua de maneira contínua, *ex ante*, e assume o papel de promover um sistema de consórcio que seja instrumento de progresso social, conforme preceituado no art. 1º da Lei nº 11.795, de 2008, cujo teor se transcreve abaixo:

Art. 1º O Sistema de Consórcios, instrumento de progresso social que se destina a propiciar o acesso ao consumo de bens e serviços, constituído por administradoras de consórcio e grupos de consórcio, será regulado por esta Lei. (G.n.)

33. O progresso social, capaz de fomentar o acesso ao consumo de bens e serviços, é corolário dos princípios e intenções que informam a ordem econômica constitucional⁴⁰, estruturada com base em princípios como a livre concorrência e a defesa do consumidor, de modo a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Com esse enfoque, o sistema de consórcios, devidamente regulado e supervisionado, deve ser capaz de propagar e tornar acessível a grande número de pessoas oportunidades de aquisição de bens e serviços, por meio de autofinanciamento, o que, em geral, envolve a possibilidade de se obterem custos inferiores aos observados em atividades típicas de intermediação no âmbito do sistema financeiro (juros e taxas relativos a operações de crédito, por exemplo).

regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995”.

40 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; [...]”

34. Assim, com o objetivo de fazer o sistema de consórcios convergir ao desiderato proposto pelo legislador (progresso social, nos termos vazados no art. 1º da Lei nº 11.795, de 2008), o Banco Central pode, de forma reflexa, antecipar e estimular movimentos favoráveis à competição no mercado de consórcios, ao adequar a estrutura das administradoras ao arcabouço regulatório por ele edificado (cf. a Circular nº 3.433, de 2009), mediante a concessão de autorizações para, por exemplo, constituição, funcionamento, transferência de controle acionário, cisão, fusão ou incorporação.

35. De qualquer forma, ainda que se possa reconhecer que a regulação e a supervisão do sistema de consórcios tenham aptidão para contribuir, de forma indireta, na criação de condições favoráveis à concorrência, não se pode duvidar que, a rigor, a competência para julgar atos de concentração econômica nesse segmento compete, com exclusividade, ao Cade, tendo em vista a aplicação da Lei nº 12.529, de 2011, ao sistema de consórcio. Isso, naturalmente, não prejudica nem condiciona a competência do Banco Central, que, a despeito da posição da autoridade antitruste, deve formar sua opinião sobre eventual cisão, fusão ou incorporação (e outras operações societárias), a partir dos termos e do escopo da Lei nº 11.795, de 2008, e da regulamentação correspondente. As atribuições da autarquia e do Cade são, portanto, paralelas e independentes; uma não é acessória nem pressuposto da outra. Cada entidade deve velar pelos bens jurídicos tutelados no diploma que lhe confere alçada para atuar.

CONCLUSÃO

36. Diante do exposto, conclui-se que:

- a) o Cade é a autoridade competente para julgar ato de concentração no sistema de consórcio, nos termos da Lei nº 12.529, de 2011; e
- b) o exercício da competência antitruste pelo Cade, no entanto, não prejudica nem condiciona a competência do Banco Central para apreciar e aprovar operações societárias, tendo em vista os termos e os fins previstos na Lei nº 11.795, de 2008, e na Circular nº 3.433, de 2009.

À consideração de Vossa Senhoria.

ALEXANDRE FORTE MAIA

*Procurador do Banco Central – Coordenação-Geral de Consultoria em
Regulação do Sistema Financeiro (Conor) – OAB/DF 20.935*

(Seguem despachos.)

De acordo com o percuciente parecer.

À senhora Subprocuradora-Geral titular da CC1PG.

DANILO TAKASAKI CARVALHO

*Procurador-Chefe – Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do
Sistema Financeiro (Conor) – OAB/DF 24.761*

De acordo.

Ao Senhor Procurador-Geral.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA

*Subprocuradora-Geral do Banco Central – Câmara de Consultoria Geral (CC1PG)
OAB/DF 10.000*

Aprovo.

Ao Senhor Diretor de Organização do Sistema Financeiro.

CRISTIANO DE OLIVEIRA LOPES COZER

Procurador-Geral do Banco Central, Substituto – OAB/DF 16.400

Parecer Jurídico 446/2014-BCB/PGBC

Parecer que analisa sugestão de adoção de resolução, pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), que obrigue as instituições financeiras a comunicarem formalmente ao cliente as razões da impossibilidade da concessão de financiamento.

Bárbara Miyuki Takenaka Fujimoto
Procuradora

Alexandre Forte Maia
Assessor Jurídico

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira
Subprocuradora-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 446/2014-BCB/PGB Brasília, 15 de dezembro de 2014.
Pt 1201562735

Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. Indicação nº 3.024, de 2012, de autoria do Deputado Federal Pastor Eurico. Analisa sugestão de adoção de resolução, pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), que obrigue as instituições financeiras a comunicarem formalmente ao cliente as razões da impossibilidade da concessão de financiamento. Precedentes acerca da competência do CMN para normatizar a relação entre instituições financeiras e seus clientes. Possibilidade jurídica de edição de tal norma. – Pt 1201562735

Senhor Assessor Jurídico,

ASSUNTO

Trata-se do Ofício nº 277/AAP/GM-MF, de 30 de julho de 2012 (fl. 1), por meio do qual o Chefe da Assessoria para Assuntos Parlamentares do Ministério da Fazenda encaminhou cópia do Ofício nº 732/2012 – SAG/C. Civil – PR, de 26 de julho de 2012 (fl. 2), da Casa Civil da Presidência da República, e cópia da Indicação nº 3.024, de 2012 (fl. 4), de autoria do Deputado Federal Pastor Eurico, sugerindo que o Conselho Monetário Nacional (CMN) edite ato normativo “obrigando as instituições financeiras a comunicar formalmente ao cliente as razões da impossibilidade da concessão de financiamento”.

2. A Indicação sugere a edição de ato normativo pelo CMN como forma de solucionar o problema de falta de transparência nas relações entre as instituições financeiras e os tomadores de financiamento, com o objetivo de adequar esse relacionamento ao Código de Defesa do Consumidor (CDC).

3. Houve manifestação da área técnica às fls. 08 e 08v. O Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor), antigo Departamento de Normas do Sistema Financeiro, manifestou-se contra a Indicação, no que diz respeito a sua conveniência e oportunidade, observando, porém, que “a questão foi anotada para fins de subsídios ao processo de aprimoramento normativo de competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central”.

4. Em seguida, houve despacho em 13 de novembro de 2014 (fl. 09), encaminhando o Pt a esta Procuradoria-Geral, para análise e manifestação acerca dos aspectos jurídicos da proposta.

APRECIÇÃO

5. Quanto ao instrumento utilizado pelo parlamentar para veicular sua demanda, a Indicação, deve-se lembrar do exposto no seguinte trecho do Parecer PGBC-139¹, de 14 de maio de 2009:

4. Preliminarmente, assinala-se que, nos termos do inciso I do art. 113 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados², a Indicação é um expediente regimental utilizado por membro daquela casa para sugerir a outro Poder da República a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão, ou o envio de projeto sobre matéria de iniciativa exclusiva. Não se presta para provocar a interpretação e aplicação de lei nem para questionar atos de qualquer Poder, de seus órgãos ou autoridades. Desse modo, não tem caráter cogente, ou seja, não obriga aos órgãos destinatários da proposição a cumprirem o sugerido.

5. Ademais, ainda em caráter introdutório, assinala-se que a indicação aqui examinada não guarda semelhança com a requisição de informação de que trata o art. 50 da Constituição Federal (CF). Destarte, não se aplica, in casu, o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação, sob pena de restar caracterizado crime de responsabilidade, na forma prevista no § 2º do citado artigo. [Os grifos não constavam na versão original.]

1 De autoria do procurador Alexandre Forte Maia, com despachos da Coordenadora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, do Subprocurador-Geral Ailton César dos Santos e do Procurador-Geral Francisco José de Siqueira.

2 Aprovado pela Resolução da Câmara dos Deputados nº 17, de 1989.

6. No referido parecer ainda se afirmou a ideia, hoje consolidada, de que as manifestações jurídicas desta Autarquia sobre a espécie regimental Indicação não precisam ser submetidas ao Procurador-Geral.

7. Vencidas as questões preliminares, em relação à matéria tratada na Indicação, a partir da leitura da justificativa parlamentar, é possível perceber que a preocupação do Deputado está voltada, em grande parte, à proteção do consumidor, conforme se extrai do seguinte trecho:

Entretanto, as relações entre as instituições financeiras e os tomadores de financiamento precisam ser aperfeiçoadas através de maior transparência, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor.

Neste contexto, um dos problemas a serem solucionados é a falta de comunicação sobre as razões da impossibilidade da concessão de crédito, causando transtornos ao consumidor, que se sente desrespeitado. (fl. 04)

8. A partir disso, seria possível concluir que a Indicação teria caráter consumerista, cuidando de assuntos relacionados a dispositivos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o chamado CDC. Exemplos de normas do CDC que tratam de transparência e comunicação ao cliente são o art. 4º³, que menciona de forma expressa a transparência das relações de consumo, o art. 43⁴, que garante ao consumidor o direito de ter acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, e o art. 52⁵, que enumera as informações que devem ser prestadas ao consumidor no fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento.

9. De fato, se a medida sugerida se destinasse exclusivamente a proteger o consumidor, a Indicação não poderia ser objeto de ato normativo a ser expedido

3 “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) [...]”

4 “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.”

5 “Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III - acréscimos legalmente previstos;

IV - número e periodicidade das prestações;

V - soma total a pagar, com e sem financiamento.”

pelo CMN, pois é vedado a este editar normas desvinculadas de sua função de disciplinar assuntos financeiros ou de política monetária, o que ficou esclarecido no paradigmático Parecer PGBC-73⁶, de 2 de maio de 2008, elaborado com base no resultado da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.591-1, Distrito Federal. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho do referido Parecer:

44. Como a legislação consumerista possui um alcance limitado, ela é empregada às instituições financeiras apenas para governar questões próprias da relação de consumo. Logo, é vedado ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil editar normas que contenham dispositivos paralelos à legislação consumerista, pois isso escapa à competência normativa de ambos, que se destina a disciplinar assuntos financeiros ou de política monetária, conforme salientado no acórdão do STF. [Os grifos não constavam na versão original.]

10. Acontece, porém, que a matéria da Indicação, embora tenha inequívoca vocação para proteger o consumidor, também pode consubstanciar tema cuja regulação é de atribuição do CMN, o que torna juridicamente possível a elaboração de uma resolução que possa resultar, na prática, em aprimoramento do processo de comunicação a cliente das razões da impossibilidade de concessão de financiamento.

11. Explica-se. No já citado Parecer PGBC-73, de 2008, firmou-se o entendimento de que o “relacionamento entre a instituição financeira e o cliente pode ser disciplinado sob diferentes aspectos, variando conforme a proteção que se queira imprimir, se voltada para a segurança jurídica das finanças ou do cliente, parte na relação de consumo.” Com isso, pode ocorrer que a regulação de assuntos com o objetivo de promover a liquidez e a hígidez do sistema financeiro, a estabilidade monetária e o desenvolvimento equilibrado do País, acabe atingindo o relacionamento entre cliente e instituição financeira, da maneira explicada no trecho do Parecer em questão:

37. De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, a disciplina das relações negociais entre o cliente e as instituições financeiras, pelo

6 Da lavra do Procurador Marcus Vinícius Saraiva Matos, com despacho do Subprocurador-Geral Arício José Menezes Fortes e aprovado pelo Procurador-Geral Francisco José de Siqueira.

Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, não se dá por conta da proteção que se queira conferir àquele em razão de uma hipotética vulnerabilidade frente à instituição financeira, mas por conta do que esse relacionamento pode interferir no funcionamento das instituições financeiras, afetando, em última instância, o próprio sistema financeiro.

38. Assim, o foco do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil ao disciplinarem as relações entre os clientes e as instituições financeiras não é a proteção daqueles em face destas, mas o crédito e a sua segurança jurídica, procurando assegurar que ele (o crédito) cumpra as finalidades a que se destina (qualidade do crédito) e evitar a inadimplência (garantia do crédito), de maneira que haja, na medida do possível, perfeita ordem no sistema financeiro.

12. Tal é a situação do objeto da Indicação nº 3.024, de 2012, pois é possível considerar a melhoria da situação do consumidor como consequência secundária de norma cujo objetivo principal, do ponto de vista do CMN, é a segurança do mercado financeiro, a qual fica potencializada com o aumento da transparência na relação entre as instituições financeiras e seus clientes.

13. A relação entre uma norma de transparência, como a sugerida pela proposição parlamentar, e a higidez do sistema financeiro pode ser compreendida a partir da explicação contida no seguinte trecho do Parecer Jurídico 342/2014-BCB/PGBC, de 20 de outubro de 2014⁷:

17. Por fim, embora o Banco Central não tenha atribuição para fiscalizar a observância de regras previstas no CDC, não parece prudente afirmar que o cumprimento das normas consumeristas seja elemento irrelevante para a missão institucional da autarquia. Tendo em vista que a infração a essas regras é capaz de gerar futuros prejuízos às instituições financeiras, a autarquia pode ter interesse em saber se elas estão sendo prudentes no relacionamento com consumidores, de modo a evitar a criação de passivos. A matéria, portanto, pode ser visualizada pelo Banco Central sob o ponto de vista do adequado gerenciamento (monitoramento, controle e mitigação) do risco legal (faceta do risco operacional) nas instituições que integram o sistema financeiro, tendo em vista o disposto na Resolução nº 3.380, de 29

7 Da lavra do Procurador Alexandre Forte Maia, com despacho da Subprocuradora-Geral Walkyria De Paula Ribeiro De Oliveira.

de junho de 2006⁸. Esse risco diz respeito à possibilidade de as instituições verem-se envolvidas em demandas judiciais ou administrativas em que se discutam a validade de contratos por elas firmados com consumidores ou a legitimidade da aplicação de penalidades pelo desrespeito às normas de proteção aos consumidores.

18. Aliás, com enfoque na prevenção de riscos (de natureza operacional) na contratação de operações e na prestação de serviços financeiros, o CMN editou a Resolução nº 3.694, de 26 de março de 2009⁹, que impõe às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, entre outras obrigações, o dever de assegurar “a prestação das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de clientes e usuários, explicitando, inclusive, direitos e deveres, responsabilidades, custos ou ônus, penalidades e eventuais riscos existentes na execução de operações e na prestação de serviços” (art. 1º, inciso III). [Os grifos não constavam na versão original]

14. Assim, embora o Parecer acima aborde a questão da relação entre instituições financeiras e seus clientes sob a ótica da função fiscalizatória do Banco Central, destaca também a atuação normativa do CMN nessa seara, por meio da Resolução nº 3.694, de 26 de março de 2009. Da mesma maneira que a referida Resolução objetiva a redução de riscos na prestação de serviços financeiros, a medida ora sugerida pelo parlamentar também poderia, em tese, cumprir semelhante função, pois, de certa forma, também cuida do adequado fornecimento de informações aos clientes.

15. A partir do exposto, verifica-se que não há óbice jurídico à edição de resolução que acabe por abordar a necessidade de instituição financeira comunicar formalmente ao cliente as razões da impossibilidade da concessão de financiamento, uma vez que essa medida, sob a perspectiva do adequado gerenciamento de riscos, encontra-se dentro da competência institucional do CMN para regular a constituição, funcionamento e fiscalização das instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional, prevista no inciso VIII do artigo 4º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964¹⁰.

8 Ementa: “Dispõe sobre a implementação de estrutura de gerenciamento do risco operacional”.

9 Ementa: “Dispõe sobre a prevenção de riscos na contratação de operações e na prestação de serviços por parte de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil”.

10 “Art.4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (Redação dada pela Lei nº 6.045, de 15/05/74) (Vetado)
[...]

16. Demonstrada a juridicidade da medida por um lado, é preciso agora registrar a evolução normativa de um dos dispositivos mencionados no pronunciamento do Denor.

17. Observa-se que, dentre as normas elencadas no parecer técnico, datado de 13 de agosto de 2012, constava a seguinte:

[...]

IV – exigência de as instituições financeiras contemplarem, em seus sistemas de controles internos e de prevenção de riscos, a adoção e a verificação de procedimentos, na contratação de operações e na prestação de serviços, que assegurem, dentre outras, a adequação dos produtos e serviços ofertados ou recomendados às necessidades, interesses e objetivos dos seus clientes – Resolução 3.694, de 26 de março de 2009, alterada pela Resolução 3.919, de 25 de novembro de 2010.

18. O trecho acima transcrito estava de acordo com a antiga redação do art. 1º, inciso III, da Resolução nº 3.694, de 2009:

Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem contemplar, em seus sistemas de controles internos e de prevenção de riscos previstos na regulamentação vigente, a adoção e a verificação de procedimentos, na contratação de operações e na prestação de serviços, que assegurem:

[...]

III - a adequação dos produtos e serviços ofertados ou recomendados às necessidades, interesses e objetivos dos seus clientes; (Incluído pela Resolução nº 3.919, de 25/11/2010.)

[...]

19. Ocorre, porém, que os referidos dispositivos sofreram alteração pela Resolução nº 4.283, de 4 de novembro de 2013, passando a apresentar a seguinte redação:

VIII - Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas; [...]"

Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços, devem assegurar: (Redação dada pela Resolução nº 4.283, de 4/11/2013.)

I - a adequação dos produtos e serviços ofertados ou recomendados às necessidades, interesses e objetivos dos clientes e usuários; (Redação dada pela Resolução nº 4.283, de 4/11/2013.)

[...]

20. Aparentemente, não houve significativa mudança de conteúdo com a nova redação dos dispositivos, mas fica aqui seu registro para o caso de a Assessoria Parlamentar (Aspar) desejar encaminhar resposta mais exata, já de acordo com a versão atualizada dos dispositivos.

CONCLUSÃO

21. Desse modo, a implantação da proposta contida na Indicação não encontra óbices jurídicos. Entretanto, essa posição não prejudica a opinião técnica expressada pela área de regulação do Banco Central, no sentido de ser inconveniente o acolhimento da medida em ato normativo da autoridade reguladora.

À consideração de Vossa Senhoria.

BÁRBARA MIYUKI TAKENAKA FUJIMOTO

Procuradora – Coordenação-Geral de Consultoria em

Regulação do Sistema Financeiro (CONOR) – OAB/DF 35.487

De acordo.

À Senhora Subprocuradora-Geral titular da CC1PG.

ALEXANDRE FORTE MAIA

Assessor Jurídico – Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do

Sistema Financeiro (CONOR) – OAB/DF 20.935

De acordo.

Dirijam-se os autos à Assessoria Parlamentar, para que, conhecedora da orientação firmada, prossiga nas medidas de alçada, com vistas a transmitir à Casa Civil e à Assessoria para Assuntos Parlamentares do Ministério da Fazenda, conforme a origem da consulta, o posicionamento desta Autarquia acerca do assunto.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA

Subprocuradora-Geral do Banco Central – Câmara de Consultoria Geral (CC1PG)

OAB/DF 10.000

Petição 6.195/2015-BCB/PGBC

Petição apresentada pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil que requer seu ingresso na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.413/CE, na qualidade de *amicus curiae*, requerendo, ainda, nesta mesma oportunidade, a suspensão liminar do andamento de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade da Lei nº 15.878, de 29 de outubro de 2015, do Estado do Ceará, que dispõe sobre o sistema de conta única de depósitos sob aviso à disposição da justiça.

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral do Banco Central

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

Subprocurador-Geral do Banco Central

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Subprocurador-Geral do Banco Central

Murilo Santos Ramos

Procurador do Banco Central

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ROSA WEBER, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.413/CE

RELATORA: MINISTRA ROSA WEBER

REQUERENTE: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS

REQUERIDOS: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ e GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Autarquia Federal criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (CNPJ/MF: 00.038.166/0001-05), com sede e Procuradoria-Geral em Brasília, no endereço indicado no rodapé desta petição, **por seu Procurador-Geral** e pelos demais Procuradores adiante firmados (mandado *ex lege*: Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, art. 17, inciso I, c/c Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, art. 4º, inciso I, e Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, art. 9º¹), vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, **requerer sua admissão nos autos desta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.413/CE, na qualidade de *amicus curiae*, requerendo, ainda, nesta mesma oportunidade, a suspensão liminar do andamento de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade da Lei nº 15.878, de 29 de outubro de 2015, do Estado do Ceará, assim como os efeitos de decisões proferidas nos aludidos processos, até julgamento definitivo desta ADI, em linha com os anexos provimentos, firmados em casos bastante similares ao vertente, pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki e Edson Fachin, em 1º de outubro, 29 de outubro e 10 de novembro de 2015, respectivamente, nas ADIs nº 5.365/PB, nº 5.353/MG e nº 5.409/BA, tudo pelas razões que passa a expor.**

1 “Art. 9º A representação judicial das autarquias e fundações públicas por seus procuradores ou advogados, ocupantes de cargos efetivos dos respectivos quadros, independe da apresentação do instrumento de mandato”.

PRELIMINARMENTE

2. Cumpre destacar, *ab initio*, que a norma impugnada na presente ADI – Lei nº 15.878, de 29 de outubro de 2015, do Estado do Ceará – também é objeto de questionamento nos autos da ADI nº 5.414/CE, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Nesse sentido, necessário se faz que ambas as ações sejam julgadas conjuntamente, de modo a evitar provimentos jurisdicionais conflitantes.

I BREVE ESCORÇO PROCESSUAL

3. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, com o objetivo de ver declarada inconstitucional a Lei nº 15.878, de 29 de outubro de 2015, do Estado do Ceará, que “*dispõe sobre o sistema de conta única de depósitos sob aviso à disposição da justiça*”.

4. A lei em epígrafe encontra-se redigida da seguinte forma, *ipsis litteris*:

Art. 1º Os recursos monetários depositados no Sistema de Conta Única de Depósitos sob Aviso à Disposição da Justiça, instituído pela Lei nº 12.643, de 4 de dezembro de 1996, serão transferidos, na proporção de 70% (setenta por cento) do saldo total existente, compreendendo o principal, a atualização monetária e os juros correspondentes aos rendimentos, para a conta única do Tesouro Estadual.

§ 1º Incluem-se nos recursos referidos no caput deste artigo os valores contabilizados no Programa de Inovação, Desburocratização, Modernização da Gestão e Melhoria da Produtividade do Poder Judiciário – PIMPJ, instituído pela Lei Estadual nº 14.415, de 23 de julho de 2009.

§ 2º As disposições desta Lei não se aplicam aos depósitos de que trata a Lei Complementar Federal nº 151, de 5 de agosto de 2015, os quais serão por ela regidos.

§ 3º A parcela não transferida dos depósitos judiciais a que se refere o caput será mantida na instituição financeira *custodiante e constituirá Fundo de Reserva, equivalente a 30% (trinta por cento) do saldo total existente nos depósitos judiciais, destinado a garantir a restituição ou os pagamentos referentes aos depósitos, conforme a decisão proferida no processo judicial correspondente.*

§ 4º Os recursos repassados ao Tesouro na forma desta Lei, ressalvados os destinados ao Fundo de Reserva, serão aplicados, exclusivamente, na recomposição dos fluxos de pagamento e do equilíbrio atuarial do fundo de previdência do Estado do Ceará e em despesas classificadas como investimentos nos termos do § 4º do art. 12 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, e custeio da Saúde Pública.

§ 5º É vedado à instituição financeira *custodiante sacar do Fundo de Reserva importâncias relativas a depósitos não abrangidos por esta Lei, para a devolução a depositante ou para a conversão em renda do Estado.*

Art. 2º O Sistema de Conta Única de Depósitos sob Aviso à Disposição da Justiça deverá ser mantido em instituição financeira oficial.

Art. 3º O Poder Executivo garantirá a remuneração do montante total transferido nos termos desta Lei, atualizado pelo índice legalmente previsto para correção dos depósitos sob aviso à disposição da justiça.

Parágrafo único. Os valores recolhidos ao Fundo de Reserva terão remuneração equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, para títulos federais.

Art. 4º No primeiro dia de cada mês, para fins de apuração do Fundo de Reserva, será calculado o valor total dos depósitos judiciais, que corresponderá à soma do valor integral dos depósitos existentes na data da primeira transferência ao Poder Executivo com os depósitos posteriormente realizados, excetuados os previstos no § 2º do art. 1º, atualizado pelo índice legalmente previsto para correção dos depósitos sob aviso à disposição da justiça, deduzidos os pagamentos e restituições realizados.

§ 1º Após a apuração do valor total dos depósitos judiciais a que se refere o caput, será observado o seguinte:

I – se o saldo do Fundo de Reserva for inferior a 30% (trinta por cento) do valor total dos depósitos judiciais, o Tesouro Estadual o recomporá, a fim de que ele volte a perfazer o referido percentual, no prazo de 10 (dez) dias;

II – se o saldo do Fundo de Reserva for superior ao percentual previsto no inciso I, a diferença será transferida para a conta específica a que se refere o caput do art. 1º.

§ 2º A apuração a que se refere o caput deste artigo será realizada pela instituição financeira *custodiante*, e o valor apurado será comunicado ao Poder Executivo e ao Tribunal de Justiça no primeiro dia de cada mês.

§ 3º A transferência de que trata esta Lei será suspensa sempre que o saldo do Fundo de Reserva for inferior ao percentual indicado no inciso I do § 1º deste artigo.

Art. 5º Os recursos provenientes da transferência de que trata esta Lei serão registrados como “Outras Receitas Correntes” e constarão no orçamento do

Estado como fonte de recursos específica, com a identificação de sua origem e aplicação.

Art. 6º Caso o saldo do Fundo de Reserva a que se refere o § 3º do art. 1º não seja suficiente para honrar a restituição ou o pagamento de depósitos judiciais, conforme a decisão judicial proferida no processo correspondente, o Tribunal de Justiça comunicará o fato ao Poder Executivo, que disponibilizará, em 5 (cinco) dias, por meio de depósito no Fundo de Reserva, a quantia necessária para honrar a restituição ou o pagamento do depósito judicial.

Parágrafo único. Em caso de descumprimento do prazo previsto no caput, o Tribunal de Justiça bloqueará a quantia necessária à restituição ou ao pagamento do depósito judicial diretamente nas contas mantidas pelo Poder Executivo em instituições financeiras, inclusive mediante a utilização de sistema informatizado.

Art. 7º A instituição financeira custodiante disponibilizará ao Poder Executivo e ao Tribunal de Justiça, diariamente, extratos com a movimentação dos depósitos judiciais, indicando os saques efetuados, os depósitos e os rendimentos, bem como o saldo do Fundo de Reserva a que se refere o § 4º do art. 1º, apontando eventual excesso ou insuficiência.

Parágrafo único. Os depósitos judiciais de que trata esta Lei serão mantidos pela instituição financeira custodiante em contas individualizadas, com a menção expressa à quantia total depositada, acrescida dos respectivos rendimentos, ao montante transferido e ao remanescente em poder da instituição financeira.

Art. 8º A aplicação desta Lei não implicará, em hipótese alguma, expropriação ou qualquer outra hipótese de mudança de propriedade e titularidade dos depósitos judiciais, sendo resguardados à autoridade judiciária os poderes de gestão das contas de depósito vinculadas aos processos de sua competência.

Art. 9º Encerrado o processo judicial, o valor depositado, acrescido da remuneração que lhe for originalmente atribuída, será colocado, mediante ordem judicial, à disposição do beneficiário pela instituição financeira gestora do Sistema de Conta Única de Depósitos sob Aviso à Disposição da Justiça, no prazo de 5 (cinco) dias.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente as Leis Estaduais nº 13.480, de 26 de maio de 2004, e nº 15.454, de 25 de outubro de 2013.

5. A requerente alega, em suma, que a lei impugnada mostra-se incompatível com diversos preceitos constitucionais, porquanto: (a) após a União legislar sobre a matéria e dispor sobre normas gerais, não podem os

Estados legislar de forma diversa (artigo 24, inciso I e § 1º); (b) a norma afronta o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) e o princípio da separação de poderes (artigo 2º); (c) institui empréstimo compulsório vedado (artigo 148, incisos I e II); (d) caracteriza mecanismo de confisco (artigo 150, inciso IV).

6. Por força de decisão proferida em 12 de novembro de 2015, a relatora do feito, Ministra Rosa Weber, houve por bem submetê-lo ao rito do artigo 12 da Lei nº 9.868, de 1999.

II LEGITIMIDADE DO BANCO CENTRAL DO BRASIL PARA INGRESSO NO FEITO NA QUALIDADE DE *AMICUS CURIAE*

7. Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, nova era foi inaugurada na função jurisdicional do Estado, com a finalidade de se buscar a eficiência e a celeridade na atividade judicante.

8. A partir da referida modificação do texto constitucional, deflagrou-se processo de adequação da legislação processual, no sentido de se concretizarem as diretrizes fixadas no Texto Maior. Novos institutos e procedimentos foram criados, a fim de que o Poder Judiciário pudesse atuar de forma eficiente e célere. A súmula vinculante, a repercussão geral no recurso extraordinário e o procedimento de julgamento de recursos repetitivos no recurso especial são três paradigmas dessa nova era, todos com o objetivo comum de se racionalizar a atividade jurisdicional.

9. No âmbito desses novos institutos e procedimentos, ganhou destaque a figura do *amicus curiae* (do latim, “amigo da Corte” ou “colaborador da Corte”). Além de expressamente prevista nos processos de controle de constitucionalidade objetivo², a participação do *amicus curiae* encontra previsão no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante³, na análise da existência da repercussão geral⁴ e no julgamento do recurso especial

2 Lei nº 9.868, de 1999, artigo 7º, § 2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

3 Lei nº 11.417, de 2006, art. 3º, § 2º: “No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

4 Art. 543-A, § 6º, do Código de Processo Civil: “O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

representativo da controvérsia⁵. Portanto, inegável a relevância do *amicus curiae* nesse novo ambiente constitucional e processual.

10. Conforme leciona a doutrina, o *amicus curiae* é um auxiliar do juízo, cujo objetivo é o de aprimorar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, sendo a participação deste terceiro consubstanciada em apoio técnico ao magistrado⁶.

11. Nesse contexto, o que enseja a participação deste terceiro no processo é a circunstância de ser ele legítimo portador de “interesse institucional”, assim entendido aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo, para assumir um caráter metaindividual, típico de uma sociedade pluralista e democrática⁷. Ademais, a atuação do *amicus curiae* pressupõe sua representatividade adequada, consubstanciada na pertinência temática entre as finalidades institucionais do interveniente e a matéria contida no processo em que se faculta o auxílio do “colaborador da Corte”⁸.

12. Na presente ação direta de inconstitucionalidade, a lei questionada transfere valores relativos a depósitos judiciais à conta única do Poder Executivo, o qual poderá dispor de tais importâncias na recomposição dos fluxos de pagamento e do equilíbrio atuarial do fundo de previdência do Estado do Ceará, em despesas classificadas como investimentos e no custeio da saúde pública (artigo 1º, § 4º).

13. Ora, nota-se, de antemão, que o resultado da presente ação terá repercussões sobre o arcabouço normativo aplicável ao Sistema Financeiro Nacional, com possíveis reflexos sobre a missão desta Autarquia de manter a estabilidade macroeconômica e a solidez das instituições financeiras. Com efeito, a legislação impugnada tem como escopo alterar a sistemática atualmente existente para os depósitos judiciais captados por instituições bancárias,

5 Art. 543-C, § 4º, do Código de Processo Civil: “O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”.

6 Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da ADIN e da ADC*. In *Ações Constitucionais*. DIDIER JR, Fredie (org.). Salvador, Juspodivm, 2006, p. 393-401.

7 Nesse sentido: CASSIO SCARPINELLA BUENO. *Amicus Curiae: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro*. In *O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro* coordenação Fredie Didier Jr. [et. al.]. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 160.

8 Ensina NELSON RODRIGUES NETTO que, “no processo coletivo, entre outras exigências para que o legitimado seja um representante adequado para o interesse ou direito coletivo, pode-se apontar: um bom conhecimento dos fatos envolvendo a demanda; possua credibilidade em virtude de demonstrar ter um bom caráter e ser honesto;” (RODRIGUES NETTO, Nelson. *A Intervenção de Terceiros nos Julgamentos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial Paradigmático*. In *O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*/coordenação Fredie Didier Jr. [et. al.]. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 160).

autorizando o redirecionamento de percentual significativo desses depósitos – inicialmente vinculados a processos judiciais – para o custeio de despesas do Poder Executivo.

14. Nesse sentido, a norma estadual, tal como editada, envolve questões relevantes acerca da segurança dos depositantes e da gestão dos passivos pelas instituições depositárias.

15. Outrossim, não obstante se trate de lei do Estado do Ceará, a matéria versada nos autos assume contornos nacionais, sobretudo em função da existência de várias outras leis estaduais que versam sobre o tema⁹.

16. Tais circunstâncias indicam a imprescindibilidade da manifestação de órgãos e entidades capazes de fornecer subsídios técnico-jurídicos ao julgamento da demanda. Nesse descortino, ganha proeminência a participação do Banco Central do Brasil no feito, tendo em vista sua qualidade de autarquia reguladora e supervisora do Sistema Financeiro Nacional – nos termos do que dispõem os artigos 9º e 10 da Lei nº 4.595, de 1964 –, bem como sua missão institucional de zelar pelo bom funcionamento daquele sistema.

17. Ademais, a segurança jurídica dos depositantes e depositários está intrinsecamente relacionada à certeza do regular andamento das instituições financeiras. Um ambiente de dúvidas e incertezas em torno dos depósitos – entre os quais, estão inseridos os judiciais – ostenta o potencial de trazer instabilidades para o mercado, com efeitos nefastos para todo o Sistema Financeiro Nacional.

18. Nesse contexto, é inegável o impacto jurídico da matéria sob discussão na presente ADI para o desempenho das competências legais do Banco Central. Isso porque, para os bancos depositários, sob a regulação desta Autarquia, a aplicação de normas como a legislação cearense acarreta sérios riscos: de liquidez, legal, de imagem (inclusive em relação ao papel de fiel depositário dos recursos de terceiros) e, no limite, dependendo da dimensão, até mesmo de insolvência. E esses riscos, por seu turno, constituem justamente o âmago da hipótese de incidência do dever legal desta Autarquia de agir para fazer cumprir a legislação de regulação prudencial aplicável aos bancos com vistas à estabilidade financeira.

9 Citem-se: Lei Complementar nº 159, de 25 de julho de 2013, do Estado do Paraná; Lei nº 11.667, de 11 de setembro de 2001, alterada pela Lei nº 12.069, de 23 de abril de 2004, ambas do Estado do Rio Grande do Sul; Lei Complementar nº 147, de 27 de junho de 2013, alterada pela Lei Complementar nº 148, de 22 de agosto de 2013, ambas do Estado do Rio de Janeiro; Lei nº 21.720, de 14 de julho de 2015, do Estado de Minas Gerais; Lei Complementar nº 131, de 16 de julho de 2015, do Estado da Paraíba; Lei Complementar nº 264, de 25 de agosto de 2015, do Estado de Sergipe.

19. Em outros termos, os riscos que a aplicação de normas como a legislação cearense em foco trazem para o sistema regulado pelo Banco Central “*são devidamente tipificados e tratados no âmbito da regulação prudencial aplicável aos bancos que operam no Sistema Financeiro Nacional*”, impondo “*requerimentos prudenciais adicionais, tais como: aumento da disponibilidade de ativos líquidos [...]; constituição de provisões para contingências [...]; e aumento do capital regulatório*”, como destacado pelo Diretor de Regulação desta Autarquia Federal em sua apresentação¹⁰, em 21 de setembro de 2015, na audiência pública realizada pelo STF, no curso de uma das mencionadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a ADI nº 5.072, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

20. A respeito da caracterização desses riscos e de sua repercussão sob a perspectiva de atuação do Banco Central à luz da legislação de regulação prudencial, são bastante reveladoras as seguintes passagens do mencionado pronunciamento do Diretor de Regulação desta Autarquia Federal, plenamente aplicáveis ao caso específico da legislação cearense de que se trata no presente processo:

“É inequívoca a relevância desta matéria para o Sistema Financeiro Nacional, em particular para os bancos públicos.

[...]

O primeiro ponto de preocupação é a formatação dos fundos de reserva.

[...]

Em síntese, quanto menor for o fundo de reserva, maior será o risco de que o particular vitorioso em processo administrativo ou judicial não receba imediatamente o recurso que lhe cabe.

E este fato pode gerar conflitos de diversas naturezas nas **relações entre depositantes, bancos depositários e o ente federado.**

O segundo ponto de preocupação diz respeito à extensão da transferência de depósitos judiciais a **processos em que o ente federado não figura como parte.**

[...]

Nesses casos, a probabilidade de o ente federado, ao final do processo, permanecer com parte dos recursos arrecadados é zero, pelo simples fato de que ele não faz parte da lide.

Logo, sempre terá que devolver a totalidade dos valores, pois estará

¹⁰ A apresentação do Diretor de Regulação do Banco Central, Otávio Ribeiro Damaso, na audiência pública realizada pelo STF no curso da ADI nº 5.072, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, pode ser conferida em http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Discurso_Otavio_Ribeiro_Damaso_STF_21_09_2015%20.pdf.

se apropriando, ainda que com amparo legal, de recurso que não lhe competirá em hipótese alguma.

O terceiro ponto está relacionado à própria multiplicação de legislações distintas sobre depósitos judiciais.

A multiplicidade de legislações pode tornar complexo o controle operacional e processual realizados pelos bancos depositários, gerando, conseqüentemente, aumento do risco legal.

Além disso, há notícia de casos de controvérsia interpretativa quanto à prevalência do arcabouço legal federal ou estadual, o que amplia a insegurança jurídica dos bancos responsáveis pela gestão dos depósitos judiciais.

Invariavelmente, controles mais complexos e riscos mais elevados resultam em custos adicionais, inclusive provisões para fazer frente a potenciais contingências.

O quarto ponto e, com certeza, o mais importante, é a ausência de regra clara e explícita de que a responsabilidade do banco depositário é limitada à disponibilidade de recursos no fundo de reserva.

Isto é, a demanda por resgate limita-se à parcela mantida no banco oficial e aos montantes restituídos ao fundo de reserva pelo ente federado.

A falta de certeza de que, em hipótese alguma, o banco depositário será obrigado a pagar ao depositante, na ausência de recurso no fundo de reserva ou de transferência desse recurso pelo ente federado, impõe riscos ao banco.

Risco de liquidez, risco legal, risco de imagem – inclusive em relação ao seu papel de fiel depositário dos recursos de terceiros – e, no limite, dependendo da dimensão, até mesmo risco de insolvência.

Em síntese, essas preocupações, isoladamente ou em conjunto, impõem riscos de diversas dimensões aos bancos depositários.

E esses riscos são devidamente tipificados e tratados no âmbito da regulação prudencial aplicável aos bancos que operam no Sistema Financeiro Nacional, o que abordarei na sequência.

[...]

A regulação prudencial adotada no Brasil está baseada no padrão internacionalmente aceito e tem como objetivo assegurar a solidez do Sistema Financeiro Nacional.

O Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil estabelecem requerimentos prudenciais que visam a garantir que cada banco esteja previamente preparado para lidar com questões que possam gerar riscos à sua atividade.

Como mencionado na seção anterior, tais riscos são de distintas naturezas, como:

[...]

E para fins da regulação prudencial, a mera probabilidade já impõe aos bancos requerimentos prudenciais^{11; 12}; adicionais, tais como:

- Aumento da disponibilidade de ativos líquidos para fazer frente a desembolsos previstos e potenciais no curto ou médio prazos, em detrimento da alocação em empréstimos, financiamentos ou outras aplicações;
- Constituição de provisões para contingências¹³, com efeitos no resultado e no patrimônio do banco; e
- Aumento do capital regulatório, para manter o nível de operação frente aos riscos assumidos pelo banco.

Tais requerimentos são **necessários para manter o bom funcionamento não só do banco individualmente, mas de todo o sistema financeiro.**

E o seu não cumprimento sujeita o banco e os seus administradores a sanções previstas na regulação bancária.

No presente caso – gestão de depósitos judiciais – quanto maiores forem (a) a percepção de que os recursos no fundo não serão suficientes para atender às potenciais demandas, (b) as incertezas legais decorrentes da atividade de gestão de depósitos judiciais e (c) a incerteza quanto à responsabilidade do banco depositário, ... maiores serão os riscos do banco e, conseqüentemente, maiores tendem a ser os requerimentos prudenciais” (grifou-se).

21. Com efeito, esse é o regime que deflui de disposições como as das Resoluções nº 3.823, de 16 de dezembro de 2009, nº 3.988, de 30 de junho de 2011, e nº 4.019, de 29 de setembro de 2011, todas do Conselho Monetário Nacional (CMN)¹⁴, bem como de normas do Banco Central como sua Circular

11 Resolução nº 3.988, de 30 de junho de 2011, do Conselho Monetário Nacional (CMN) e Circular nº 3.547, de 7 de julho de 2011, do Banco Central – Dispõe sobre a estrutura de gerenciamento do risco de capital e sobre o Processo Interno de Avaliação da Adequação de Capital (Icaap), respectivamente.

12 Resolução CMN nº 4.019, de 29 de setembro de 2011 – Dispõe sobre medidas prudenciais preventivas destinadas a assegurar a liquidez, a estabilidade e o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional.

13 Resolução CMN nº 3.823, de 16 de dezembro de 2009 – Dispõe sobre procedimentos aplicáveis no reconhecimento, mensuração e divulgação de provisões, contingências passivas e contingências ativas.

14 As Resoluções do CMN e Circulares do Banco Central citadas na presente petição podem ser consultadas, todas elas, no sítio desta Autarquia na internet, no endereço eletrônico <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/buscaNormativo.asp?tema=&startRow=0&refinadorTipo=&refinadorRevogado=&tipo=P&tipoDocumento=4&numero=3547&conteudo=&dataInicioBusca=&dataFimBusca=>.

nº 3.547, de 7 de julho de 2011, que disciplinam questões como estrutura de gerenciamento do risco de capital e Processo Interno de Avaliação da Adequação de Capital (Icaap) dos bancos; medidas prudenciais preventivas, a cargo desta Autarquia Federal, destinadas a assegurar a liquidez, a estabilidade e o regular funcionamento do SFN; e procedimentos aplicáveis no reconhecimento, mensuração e divulgação de provisões e contingências.

22. E todos os riscos até aqui mencionados mostram-se ainda mais intensos no atual contexto de questionamento da constitucionalidade de leis estaduais como a referida norma cearense e mesmo de controvérsia interpretativa quanto à prevalência desta última após o advento da Lei Complementar Federal nº 151, de 5 de agosto de 2015, de caráter nacional, que adota disciplina bem mais restrita que a da lei estadual para a matéria que esta última pretendeu disciplinar, atinente à possibilidade de utilização do valor de depósitos judiciais para dispêndios fiscais de ente federado.

23. Nesse contexto, o Banco Central do Brasil pretende apresentar à Suprema Corte os argumentos pelos quais entende que a lei impugnada invade competência privativa da União para legislar sobre direito civil e processual civil, nos termos do que dispõe o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

24. Justificada, pois, a legitimidade e a necessidade de intervenção da Autarquia, na qualidade de *amicus curiae*, na presente ação direta de inconstitucionalidade.

25. Quanto ao momento processual para o ingresso do Banco Central como “amigo da Corte”, cumpre notar que o presente feito encontra-se pendente de julgamento quanto ao pedido liminar, de modo que se encontra atendido o entendimento do Pretório Excelso segundo o qual o pedido de ingresso de terceiros na qualidade de *amici curiae* deve ser “deduzido antes da inclusão em pauta do processo em referência, para efeito de seu julgamento final” (ADI 4.071-AgR/DF, Rel. Min. Menezes Direito). De todo modo, observe-se que o próprio STF tem evoluído quanto ao tema, admitindo-se o ingresso do *amicus curiae* até mesmo quando já iniciado o julgamento da ação objetiva, para a realização de sustentação oral, sobretudo quando se verifica a relevância da contribuição do terceiro para o julgamento da controvérsia (ADI 2.777-QO, Rel. Min. Cezar Peluso).

III DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA NORMA IMPUGNADA: violação ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal

26. O STF já teve oportunidade de assentar que a possibilidade de transferência dos depósitos judiciais custodiados por instituições financeiras ao Poder Executivo não é, *per si*, inconstitucional (STF. Plenário. ADI 1.933/DF. Relator: Ministro EROS GRAU. DJ 14 abr. 2010, unânime). Na ocasião, debruçou-se o STF sobre a análise de constitucionalidade da Lei Federal nº 9.703, de 1998, que dispõe sobre a transferência ao Poder Executivo federal dos depósitos judiciais e extrajudiciais de valores referentes a tributos e contribuições federais.

27. Nesse caso, a própria União, parte na relação processual subjacente, responsabiliza-se pela devolução do depósito, quando sucumbente, e a Caixa Econômica Federal está obrigada a entregar à pessoa física ou jurídica vitoriosa na demanda contra o Poder Público o valor dos depósitos a que fizer jus, com os acréscimos legais, no prazo de 24 horas, a débito na Conta Única do Tesouro, consoante estabelece o artigo 1º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.703, de 17 de novembro de 1998.

28. De outra parte, a Lei nº 15.878, de 2015, do Estado do Ceará, reza que percentual dos depósitos judiciais deve ser transferido ao Poder Executivo daquela unidade federativa, que poderá utilizar tais recursos na recomposição dos fluxos de pagamento e do equilíbrio atuarial do fundo de previdência do Estado do Ceará, em despesas classificadas como investimentos e no custeio da saúde pública (artigo 1º).

29. O montante que poderá ser transferido para o Executivo, conforme a sistemática engendrada pela referida lei estadual, corresponde a 70% dos recursos monetários depositados no Sistema de Conta Única de Depósitos sob Aviso à Disposição da Justiça. Os 30% restantes devem constituir fundo de reserva custodiado por instituição financeira, “*destinado a garantir a restituição ou os pagamentos referentes aos depósitos, conforme a decisão proferida no processo judicial correspondente*” (artigo 1º, § 3º).

30. A lei estadual prevê ainda que, caso o montante dos depósitos relativos ao fundo de reserva apresente percentual inferior àquele estabelecido, o Tesouro Estadual deverá recompô-lo no prazo de 10 (dez) dias, a fim de que torne a

refazer o percentual determinado pela lei (artigo 4º, § 1º, inciso I).

31. A lei também estabelece que a transferência será suspensa sempre que o saldo do fundo de reserva for inferior ao percentual indicado (artigo 4º, § 3º).

32. Diferentemente do que se dá em âmbito federal, cuja sistemática determina que a Caixa Econômica Federal disponibilize à pessoa física ou jurídica vitoriosa na demanda contra o Poder Público o valor dos depósitos a que fizer jus, com os acréscimos legais, no prazo de 24 horas, a débito na Conta Única do Tesouro, a sistemática prevista na lei estadual sob análise prevê a constituição de um fundo de reserva, custodiado por instituição financeira, para honrar a restituição ou o pagamento dos depósitos judiciais.

33. Sabe-se que os depósitos judiciais têm por característica intrínseca a garantia, conferida ao depositante, de dispor, imediatamente, do valor depositado, desde que autorizado pelo Juízo competente para o processamento e julgamento da respectiva demanda¹⁵. Por outro lado, é dever do depositário disponibilizar, sem qualquer obstáculo, os valores a ele confiados. Entretanto, ao determinar que uma parcela (significativa) dos depósitos será transferida ao Poder Executivo, e a outra, para um fundo de reserva, a lei questionada acaba por descaracterizar a natureza jurídica dos depósitos judiciais, trazendo, assim, **insegurança jurídica** para as partes.

34. Como se vê, a sistemática estabelecida pela Lei Estadual nº 15.878, de 2015, altera substancialmente a natureza jurídica dos depósitos judiciais vinculados ao TJCE, desnaturando as relações jurídicas a eles subjacentes.

35. Ora, a matéria relativa aos depósitos judiciais afigura-se de natureza civil e processual civil, como é possível constatar à simples leitura dos artigos 334 a 345, 506 e 635, todos do Código Civil, e dos artigos 33, 488, 890 a 899, 1.116 a 1.119 e 1.219, todos do Código de Processo Civil.

36. Ocorre que a Constituição Federal estabelece, no seu artigo 22, inciso I, a competência privativa da União Federal para legislar sobre matéria civil e processual civil, razão pela qual, quando o Estado do Ceará exerce sua competência legislativa sobre essa matéria, invade a competência privativa da União, como determina a Carta Magna. Por consequência, emerge grave insegurança aos depositantes, às instituições depositárias e, em última análise,

15 Nos termos do artigo 1.219 do Código de Processo Civil, “em todos os casos em que houver recolhimento de importância em dinheiro, esta será depositada em nome da parte ou do interessado, em conta especial movimentada por ordem do juiz.”

ao próprio Sistema Financeiro Nacional, na medida em que os depósitos judiciais passam a ser regidos por lei local que avança sobre matéria estranha à competência dos Estados.

IV DAS LIMINARES CONCEDIDAS NAS ADI 5365/PB, 5353/MG e 5409/BA: necessidade de suspensão de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade da Lei estadual nº 15.878, de 2015

37. Em reforço argumentativo ao que já se explanou, é importante mencionar que em ações diretas de inconstitucionalidade em que se discutem leis estaduais que dispõem sobre a utilização pelo Poder Executivo local dos recursos provenientes de depósitos judiciais, os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki e Edson Fachin emitiram recentemente decisões liminares tendentes a suspender processos em que se discute a constitucionalidade das legislações estaduais sobre a matéria.

38. É o que registra a decisão proferida pelo Min. Roberto Barroso nos autos da ADI nº 5365/PB, publicada no DJe de 5 de outubro de 2015. Na ocasião, o eminente Ministro sensibilizou-se com a circunstância de o Estado da Paraíba ter ajuizado ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação da tutela específica em face do Banco do Brasil S.A., com o objetivo de compeli-lo a cumprir os termos da Lei Complementar Estadual nº 131, de 16 de julho de 2015, que dispõe sobre a transferência de depósitos judiciais para conta específica do Poder Executivo, para pagamentos de precatórios e outras finalidades. Ante o risco representado no deferimento de liminar que determinou o sequestro de valores mantidos junto ao Banco do Brasil para transferência para a conta do Estado da Paraíba, assim decidiu o Min. Roberto Barroso na ADI nº 5365/PB:

“11. A matéria versada na presente ação direta não é simples. De um lado, verifica-se a dramática situação financeira dos Estados-membros da Federação. De outro, os fundados temores manifestados na petição inicial, que geram dúvida razoável acerca da validade constitucional da lei. De parte isso, a própria vigência da Lei Complementar estadual está em xeque, haja vista a publicação da Lei Complementar federal nº 151/2015, em 05.08.2015.

12. Diante do exposto, e tendo em vista a relevância da situação noticiada, determino, ad referendum do Plenário (RI/STF, art. 21, V), a suspensão do andamento de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade da Lei Complementar nº 131/2015 do Estado da Paraíba, e os efeitos das decisões judiciais neles proferidas, até o julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade.”

39. Na mesma linha, a partir de notícia de que o Estado de Minas Gerais teria ajuizado ação ordinária no Tribunal de Justiça local objetivando compelir o Banco do Brasil S.A. a dar consequências práticas à Lei Estadual nº 21.720, de 2015, na qual foi deferido pedido antecipatório de determinação de bloqueio e transferência de vultosa quantia de depósitos judiciais à conta do Executivo mineiro, o Min. Teori Zavascki, nos autos da ADI nº 5353/MG, por decisão publicada em 4 de novembro de 2015, também deferiu liminar no sentido de determinar a suspensão do andamento de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade da referida legislação estadual sobre depósitos judiciais. Em sua decisão, o Min. Teori Zavascki destacou a instabilidade jurídica causada diante da incompatibilidade da disciplina estadual da matéria e aquela prevista na legislação federal, *verbis*:

“Todavia, a sequência de desavenças observada na aplicação da lei mineira elementariza, na crua eloquência dos fatos, os graves inconvenientes que uma controvérsia aparentemente abstrata, envolvendo a distribuição de competências legislativas, pode acarretar. A vigência concomitante da Lei Estadual 21.720/15 e da Lei Complementar Federal 151/15, de conteúdos possivelmente contraditórios, fez instaurar um estado de incerteza a respeito das obrigações civis exigíveis da instituição financeira, na condição de depositária. Nesse cenário, e considerando as responsabilidades assumidas pelo Banco do Brasil S/A junto aos depositantes vinculados a processos judiciais, é plenamente compreensível que a entidade tenha manifestado alguma reticência quanto à imediata transferência de cifras expressivas para a conta do tesouro estadual. E, diferentemente do que alegado pela Advocacia do Estado de Minas Gerais, a existência de contrato firmado entre as partes para essa transferência, ao invés de estabilizar a situação, pode ter até mesmo contribuído para deteriorá-la, uma vez que contou com cláusula de transição (cláusula décima sexta) prevendo que, em caso de declaração da inconstitucionalidade da lei local, o ente público disporia de

até 360 (trezentos e sessenta) dias da publicação da decisão para promover a restituição dos valores referentes aos depósitos judiciais.

Mais grave ainda do que a instabilidade jurídica causada, a nível local, pela incompatibilidade entre a disciplina estadual da matéria e aquela estipulada pela LC 151/15, é a constatação de que dissídios com semelhante gravidade têm sido noticiados em outras unidades federativas, como no Estado da Paraíba, em controvérsia que também foi submetida à jurisdição desta Suprema Corte e na qual foi proferida medida liminar pelo Min. Roberto Barroso, com o seguinte teor:

[...]”

4. Portanto, tendo em vista o cenário de insegurança criado pela exigibilidade imediata da lei ora atacada, a contrariedade deste diploma o regime estatuído na LC 151/15, o risco para o direito de propriedade dos depositantes que litigam no Tribunal de Justiça mineiro e a predominância – até este momento afirmada pela jurisprudência do STF – da competência legislativa da União para prover sobre depósitos judiciais e suas consequências, determino, ad referendum do Plenário (art. 21, V, do RISTF) a suspensão do andamento de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade da Lei estadual 21.720/15, do Estado de Minas Gerais, assim como os efeitos de decisões neles proferidas, até o julgamento definitivo desta ação direta.”

40. De igual modo, o Min. Edson Fachin, relator da ADI nº 5409/BA, houve por bem conceder medida liminar com vistas a suspender os processos referentes à aplicação da Lei Complementar 42, de 2015, e do Decreto 9.197, de 2004, ambos do Estado da Bahia, até o julgamento definitivo daquela demanda. Na fundamentação de sua decisão, publicada em 12 de novembro de 2015, o Ministro asseverou, *in verbis*:

“Reputo existente, em juízo sumário e provisório, a fumaça do bom direito por duas razões. A uma, colhe-se da jurisprudência desta Corte acerca da destinação financeiro dos depósitos judiciais e extrajudiciais, precedentes que militam, em um primeiro e provisório olhar, em favor das alegações da parte Requerente, seja por violação ao princípio da separação dos poderes (ADI 3.458, de relatoria do Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 16.05.2008), seja por usurpação da competência legislativa da União para dispor sobre depósitos judiciais (ADI 3.125, de relatoria do Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 18.06.2010; e ADI 2.909, de relatoria do Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 11.06.2010).

A duas, haure-se, ictu oculi, do cotejo entre a Lei Complementar federal 151/15, e a Lei Complementar 42/15 do Estado da Bahia, sensíveis discrepâncias normativas. A título exemplificativo, a lei federal apenas autoriza o levantamento de valores que sejam objeto de depósitos vinculados a processos em que os entes federados sejam parte (art. 2º da LC federal 151/15), conquanto a lei ora impugnada permite o levantamento dos depósitos judiciais e extrajudiciais em dinheiro, existentes no Banco do Brasil, na data da publicação desta Lei Complementar, bem como os respectivos acessórios, e os depósitos que vierem a ser efetuados' (art. 1º, caput, da Lei estadual 42/15).

Em relação ao periculum in mora, está além de qualquer dúvida razoável o preenchimento do referido requisito, à luz do argumentado e comprovado na Petição do Banco do Brasil SA. Por conseguinte, há um concreto perigo para os jurisdicionados do estado da Bahia, tendo em vista a dificuldade de reingresso do numerário bloqueado na conta destinada aos depósitos judiciais e extrajudiciais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, após o pagamento das despesas correntes aos credores judiciais da Fazenda Pública e aos beneficiários do regime de previdência social dos servidores públicos estaduais”.

41. As medidas cautelares concedidas no bojo da ADI nº 5365/PB e da ADI nº 5409/BA foram referendadas pelo Plenário do STF em 12 de novembro de 2015 e 25 de novembro de 2015, respectivamente.

42. Tais decisões, como se vê, corroboram o entendimento defendido pelo Banco Central de que a Lei nº 15.878, de 2015, do Estado do Ceará, padece do vício de inconstitucionalidade formal, uma vez que avançou em tema reservado à atividade legislativa da União, nos termos do artigo 22, I, da Constituição Federal.

V CONCLUSÃO E PEDIDOS

43. À luz do exposto, o Banco Central do Brasil requer, preliminarmente, sua admissão nos autos do presente feito na qualidade de *amicus curiae*, pois, como demonstrado, possui interesse institucional e poderá fornecer subsídios relevantes para o julgamento da causa.

44. Outrossim, esta Autarquia, na condição de reguladora e supervisora de todo o Sistema Financeiro Nacional, entende que a lei estadual impugnada

padece de inconstitucionalidade formal, na medida em que viola a norma prevista no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, circunstância que gera incertezas capazes de impor riscos relevantes ao sistema.

45. O Banco Central requer, uma vez admitida a sua inclusão no feito na qualidade de *amicus curiae*, a realização de sustentação oral na sessão de julgamento, ocasião em que fundamentos técnico-jurídicos, sob a ótica regulatória do Sistema Financeiro, serão oferecidos à Corte como contributo para o debate constitucional.

46. **Requer-se, ainda**, nesta mesma oportunidade, a **suspensão liminar do andamento de todos os processos** em que se discuta a constitucionalidade da Lei nº 15.878, de 2015, do Estado do Ceará, assim como os efeitos de decisões neles proferidas, até julgamento definitivo desta ADI, em linha com os referidos provimentos, firmados em casos bastante similares ao vertente, pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki e Edson Fachin, em 1º de outubro, 29 de outubro e 10 de novembro de 2015, respectivamente, nas ADIs nº 5.365/PB, nº 5.353/MG e nº 5.409/BA.

47. Por fim, o Banco Central encarece a Vossa Excelência, dada a relevância da matéria e seu especial significado para a segurança jurídica, seja o pedido cautelar levado à urgente deliberação do Plenário, nos termos do artigo 12 da Lei nº 9.868, de 1999.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 2 de dezembro de 2015.

ISAAC SIDNEY MENEZES FERREIRA

Procurador-Geral do Banco Central – OAB/DF 14.533

ERASTO VILLA-VERDE DE CARVALHO FILHO

Subprocurador-Geral do Banco Central

Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal – CC2PG – OAB/DF 9.393

RAFAEL BEZERRA XIMENES DE VASCONCELOS

Subprocurador-Geral do Banco Central

Chefia do Gabinete do Procurador-Geral – PGGAB – OAB/DF 40.695

MURILO SANTOS RAMOS

Procurador do Banco Central

Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes – COJUD – OAB/DF 45.763

“DOCUMENTO ASSINADO ELETRONICAMENTE”

(Ordem-de-Serviço nº 4.474, de 1º.7.2009, da PGBC/CC2PG)

Petição 3.933/2015-BCB/PGBC

Memorial apresentado pela Procuradoria-Geral do Banco Central no Recurso Extraordinário (RE) nº 857.246/PR, no qual se discute o conceito de “reputação ilibada” para fins de homologação de nome a cargo de direção da instituição financeira Cooperativa de Crédito Mútuo dos Servidores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso (Sicoob/Coopertec).

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral do Banco Central

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

Subprocurador-Geral do Banco Central

Ériton Bittencourt de O. Rozendo

Procurador do Banco Central

Bernardo Heckmann

Procurador do Banco Central

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX
MEMORIAL DO BANCO CENTRAL

Recurso Extraordinário (RE) em Mandado de Segurança. Impetrante/ Recorrente: Wilson José da Silva. Impetrado/Recorrido: Banco Central (BACEN). Alegações do recorrente. Suposta afronta à Constituição Federal (CF). Alegações do BACEN. Preliminares pelo descabimento do RE. Ausência de repercussão geral, ausência de caracterização de ofensa direta ao texto constitucional e ausência de prequestionamento. Simples reexame de provas impossibilitada pela Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Fundamentos de mérito pelo desprovimento do RE. Peculiaridades do Sistema Financeiro Nacional. O requisito da reputação ilibada como fato jurídico autônomo em consonância com os princípios da Constituição Federal e especial alinhamento com os princípios da Administração Pública (princípios da eficiência e da moralidade administrativas - art. 37, caput, da CF), da Ordem Econômica (princípios da soberania nacional - art. 170, I, da CF), do Sistema Financeiro Nacional (princípios da promoção ao desenvolvimento equilibrado do País e a subserviência aos interesses da coletividade - art. 192, caput, da CF). O princípio da presunção de inocência e a relatividade dos princípios constitucionais. Respeito ao devido processo legal, duplo grau de jurisdição (art. 5º, LIV e LV, da CF) e do non bis in idem nos autos dos processos administrativos homologatórios e sancionatórios. Natureza cautelar e preventiva de tal medida. Precedentes judiciais favoráveis. Conclusão pela juridicidade do ato ora impugnado.

“A característica distintiva do banqueiro inicia-se enquanto
ele usa o dinheiro dos outros.”

*David Ricardo*¹

¹ David Ricardo: (Londres, 18 de Abril de 1772 — Gatcombe Park, 11 de setembro de 1823) é considerado um dos principais economistas do mundo, idealizador da escola clássica inglesa da economia política, juntamente com Adam Smith e Thomas Malthus.

Recurso Extraordinário nº 857.246 – Paraná (PR)

Recorrente: Wilson José da Silva

Recorrido: Banco Central (BACEN)

Eminentes Ministros,

I. SÍNTESE NECESSÁRIA

Trata-se de Recurso Extraordinário (RE) em sede de Mandado de Segurança (MS), no qual se discute o conceito de “reputação ilibada” para fins de homologação de nome a cargo de direção da instituição financeira Cooperativa de Crédito Mútuo dos Servidores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso (Sicoob/Coopertec) e uma suposta violação aos incisos LVII (presunção da inocência), LIV (devido processo legal), LV (duplo grau de jurisdição), todos do artigo 5º da Constituição Federal (CF), bem como suposta afronta ao princípio do *non bis in idem*.

2. Inicialmente, o recorrente, Sr. Wilson José da Silva, impetrou mandado de segurança contra ato supostamente ilegal da lavra do Gerente-Técnico do Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf/GTCUR), Gilson Marcos Balliana, e do Coordenador do Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf/GTCUR), Rogerio Mandelli Bisi, autoridades que exercem suas funções em Curitiba/PR, o qual indeferira, em 1º de julho de 2013, o nome do recorrente para o exercício dos mandatos de Presidente do Conselho de Administração e de Diretor-Presidente da Diretoria Executiva da Cooperativa de Crédito Mútuo dos Servidores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso (Sicoob Coopertec).

3. Entenderam as autoridades apontadas como coatoras que o recorrente não preencheria o requisito exigido pelo art. 2º, I, do Regulamento Anexo II à Resolução nº 4.122, de 2 de agosto de 2012², do Conselho Monetário Nacional (CMN), para o exercício dos mencionados cargos na cooperativa, **ante a gravidade dos fatos imputados constantes dos processos sancionatórios nº 0601344687 e nº 0901450774** – quais sejam, conceder garantia ou assumir coobrigação em

2 “Art. 2º São condições para o exercício dos cargos referidos no art. 1º, além de outras exigidas pela legislação e pela regulamentação em vigor: I - ter reputação ilibada;”

operações de crédito contratadas pelas filiadas da Sicoob Central MT/MS, com a finalidade de rateio de perdas; deixar de cumprir deveres legais e estatutários do Conselho de Administração da referida cooperativa, entre outros – fatos esses que, a propósito, resultaram na pena de inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições sob a fiscalização do Banco Central.

4. Insta deixar claro que as decisões tomadas pelo órgão regulador, no sentido de não homologar a indicação do impetrante para ocupar cargo em instituição financeira, não consideraram apenas as condenações por ele sofridas nos processos administrativos nº 0601344687 e nº 0901450774, mas também a gravidade dos fatos que lhe foram imputados nos processos sancionatórios referidos (exemplificados acima), os quais, sem dúvida, comprometem gravemente a reputação do recorrente.

5. Inconformados com a decisão pela não homologação de sua indicação a exercer os referidos cargos, o recorrente e a Cooperativa de Crédito Mútuo dos Servidores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso (Sicoob Coopertec) interpuseram recursos administrativos, os quais foram julgados improcedentes pelo Senhor Diretor de Organização do Sistema Financeiro e Controle de Operações do Crédito Rural do Banco Central, na DECISÃO 0716/2013-DIORE, de 16 de agosto de 2013, encampando o Parecer Deorf/GTCUR-05898/2013, de 23 de julho de 2013, e o Parecer Deorf/GTCUR-05920/2013, de 24 de julho de 2013.

6. A Quinta Vara Federal de Curitiba extinguiu o feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras.

7. Irresignado, o recorrente apelou, tendo, então, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) adentrado no mérito para negar provimento à apelação, em acórdão assim ementado:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADES COATORAS. LEGITIMIDADE PASSIVA. CARGOS DE DIREÇÃO EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NÃO HOMOLOGAÇÃO DE NOME DE CANDIDATO ELEITO. REPUTAÇÃO ILIBADA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. A autoridade coatora deve ser a pessoa física que tenha poder de decisão em nome da pessoa jurídica à qual

esteja vinculada, isto é, de desfazimento do ato impugnado no mandado de segurança. Assim, o mandado de segurança deve ser impetrado contra quem tenha, efetivamente, decidido por sua prática e, em se tratando de ato omissivo, por sua abstenção. Os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e só podem ser anulados pelo Poder Judiciário quando comprovada a existência de excesso ou desvio de poder por parte da Administração Pública. O controle judicial dos atos administrativos, via de regra, restringe-se à análise de aspectos formais e de legalidade, não adentrando no denominado mérito administrativo. É cediço, na jurisprudência e doutrina pátrias, que o conceito de reputação ilibada é amplo e indeterminado, permitindo uma correlata avaliação discricionária da Administração Pública. Conquanto a prévia condenação criminal transitada em julgado seja imprescindível para o Estado forçar o acusado a cumprir pena privativa de liberdade, tal exigência não se estende à imposição de restrições de outra ordem (não criminal, ou seja, restrições administrativas, creditícias etc.), as quais não se equiparam a 'execução provisória de decisão condenatória penal', constituindo, antes, medida de natureza cautelar em prol do interesse público." (Destacou-se)

8. Ainda insatisfeito, o recorrente interpôs o presente Recurso Extraordinário, alegando, em suma, violação do art. 5º, incisos LVII (presunção da inocência), LIV (devido processo legal), LV (duplo grau de jurisdição), da Constituição Federal (CF), bem como suposta afronta a regra do *non bis in idem*, requerendo, ao fim de seu apelo extremo, a reforma do acórdão acima transcrito, para ao final conceder a segurança, declarando ilegal e arbitrário o ato atacado, determinando-se que a autoridade coatora homologue o nome do recorrente.

9. Não obstante o Banco Central já ter apresentado, tempestivamente, suas contrarrazões à citada apelação extrema, faz-se necessário, neste memorial, apresentar as específicas peculiaridades do Sistema Financeiro Nacional, bem como os motivos determinantes do porquê o requisito reputação ilibada ser condição imprescindível na vida de um administrador de instituição financeira.

II. PRELIMINARES

10. Insta reiterar, na oportunidade, as preliminares já suscitadas por esta Autoridade Monetária no sentido do não cabimento do Recurso Extraordinário, constantes das contrarrazões apresentadas, quais sejam: a ausência de repercussão geral, a ausência de caracterização de ofensa direta ao texto constitucional e a ausência de prequestionamento – relevantes fundamentos que indicam o não preenchimento sequer dos requisitos de admissibilidade do apelo extremo.

11. Além disso, as alegações do recorrente no sentido de que supostamente houve violação do princípio da presunção da inocência, do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição, bem como suposta afronta a regra do *non bis in idem*, requer, em verdade, o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula 279, dessa Corte Suprema, *in verbis*:

“Súmula 279:

Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

12. Saliente-se, inclusive, que as instâncias ordinárias já atestaram, em análise probatória, a efetiva fruição de tais direitos pelo recorrente.

13. Entrementes, para não se tornar repetitiva, e, na eventualidade de não se acatar tais preliminares suscitadas, esta Autarquia passará a aprofundar, desde logo, a discussão acerca dos fundamentos de mérito das razões recursais à luz das especificidades do Sistema Financeiro Nacional.

III. PECULIARIDADES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

14. Analisando-se, minuciosamente, o Recurso Extraordinário interposto pelo recorrente, vê-se que o mesmo alega que haveria uma suposta violação ao art. 5º, incisos LVII (presunção da inocência), LIV (devido processo legal), LV (duplo grau de jurisdição), bem como suposta afronta a regra do *non bis in idem*.

15. Entrementes, a conclusão que o recorrido chegou em seu Recurso Extraordinário demonstra, em princípio, um desconhecimento dos traços distintivos das normas reguladoras no âmbito do Sistema Financeiro Nacional

(SFN). Motivo pelo qual, faz-se imprescindível situar o presente caso concreto no universo normativo do SFN, para, após, esclarecer-se a *ratio essendi* das peculiaridades deste setor tão sensível da economia brasileira e mundial.

16. Preliminarmente, insta esclarecer que as cooperativas de crédito também fazem parte do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do art. 192, *caput*, da Constituição Federal. Senão, veja-se:

*“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”*³
(Destacou-se)

17. Dando concretude ao referido dispositivo constitucional, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que foi recebida com *status* de lei complementar, a qual dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, atribui ao Banco Central a competência privativa para estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, nestes termos:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: XI - Estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, assim como para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional; (Renumerado pela Lei nº 7.730, de 31/01/89) (Destacou-se)

18. Regulamentando o retrocitado dispositivo legal, a vigente Resolução nº 4.122, de 2 de agosto de 2012 (que contém idêntica disposição na revogada Resolução nº 3.041, de 28 de novembro de 2002), estabeleceu condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, prevendo a reputação

3 Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003.

ilibada como condição para o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar por esta Autarquia. Veja-se:

“Art. 2º São condições para o exercício dos cargos referidos no art. 1º, além de outras exigidas pela legislação e pela regulamentação em vigor:

I - ter reputação ilibada;” (Destacou-se)

19. Esclarecidas, neste princípio, tais disposições constitucionais, legais e regulamentares, insta aprofundar o porquê de se instituir a reputação ilibada no âmbito SFN.

IV. A REPUTAÇÃO ILIBADA COMO CONDIÇÃO IMPRESCINDÍVEL NA VIDA DE UM ADMINISTRADOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA⁴

A característica distintiva do banqueiro inicia-se enquanto ele usa o dinheiro dos outros.

20. Inicialmente, entende-se imprescindível enfatizar a especial relevância da reputação na vida de um administrador de instituição financeira e a correlação desse conceito com o sistema financeiro.

21. Em verdade, bancos se distinguem das demais atividades econômicas por se sujeitarem a riscos e incertezas muito maiores; simples rumores podem ser suficientes para levá-los à falência; quando quebram, o impacto é sentido em toda a sociedade. Jairo Saddi aponta um dos principais motivos para essa distinção, a saber:

“Bancos não são negócios comerciais comuns, por uma razão muito singela, apontada por David Ricardo, e citada por Walter Bahegot: ‘A característica distintiva do banqueiro, afirma Ricardo, inicia-se enquanto ele usa o dinheiro dos outros; enquanto usa o seu próprio dinheiro, ele é somente um capitalista.’” (Destacou-se)⁵

4 Conteúdo retirado do Parecer nº 120/2011-PGBC, da lavra de Filogônio Moreira Júnior, com adaptações.

5 SADDI, Jairo. *Crise e Regulação Bancária*. São Paulo: Textonovo, 2001. p. 60.

22. É forçoso reconhecer que insuspeição é atributo imprescindível nas palavras e ações do banqueiro; porque confiança não é apenas um sentimento que ele deve inspirar e cultivar, senão que se erige em verdadeiro **bem imaterial de valor inestimável**. Trata-se de conceito tão caro nesta seara que sua falta, dependendo da extensão, pode comprometer não só as pessoas, mas mercados e países. Confira-se, a respeito, o magistério de Arnaldo Wald, *litteris*:

“Uma das características básicas da operação bancária é a confiança. Essa confiança deve, evidentemente, existir por parte do banqueiro, mas a do cliente não é menos indispensável, razão pela qual os tratadistas consideram o elemento fiduciário um dos traços básicos do direito bancário.

Dizia J. P. Morgan que concedia os empréstimos exclusivamente de acordo com o caráter do cliente. Já o Banker’s Handbook, num dos seus artigos, sugere que os três C de acordo com os quais o banqueiro julga o financiado (Caráter, Capital e Capacidade) também podem ser interpretados como os três R (Recursos, Reputação e Rapacidade). De qualquer modo, de ambos os lados, a confiança se impõe, e já se afirmou que o banqueiro precisa basicamente inspirar confiança – “The function of bankers is to be trusted, no to be liked.” (Destacou-se)⁶

23. Não é sem razão que a reputação ilibada ocupa o **primeiro lugar** entre as **condições básicas** elencadas nas normas reguladoras do Sistema Financeiro Nacional. O Conselho Monetário Nacional teve em mira, ao instituir esse pressuposto de qualificação profissional, a relevância de cargo que, se exercido por pessoa inidônea, pode provocar danos a toda a coletividade.

24. Dessa forma, **o exame de reputação exprime uma das múltiplas facetas da confiança creditada ao banco e aos seus administradores**. Por esse critério, o que está em jogo é a credibilidade do próprio sistema financeiro, cujo funcionamento regular *“depende da indispensável existência de confiança nesse sistema por parte daqueles que o abastecerão dos recursos necessários à sua operação: os depositantes.”*⁷

25. Disso resulta que, se a reputação do banqueiro é abalada, a confiança sofre o mesmo estigma, porquanto ambas são características que seguem juntas e estão intimamente relacionadas.

6 WALD, Arnaldo. O papel pioneiro do direito bancário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 359-371, jul.-set. 2005.

7 TURCZYŃ, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 60.

A concepção jurídica da reputação ilibada

26. O requisito *reputação ilibada* sempre foi objeto de questionamentos. A compreensão de tal locução envolve a formulação de juízo valorativo que não comporta definição que lhe amarre eficientemente o sentido, muito embora os termos *subjetividade*, *discricionariedade* e *conceito jurídico indeterminado* sejam usualmente empregados para qualificá-la ou descrevê-la.

27. Para se delimitar o que deve ser considerado quando se tem a missão de avaliar a reputação de determinada pessoa, é interessante buscar o auxílio de ensinamentos doutrinários de Direito Penal, como é o caso das referências a *maus antecedentes*, *primariedade*, *presunção de inocência*, *ilicitude*, *ação penal*, *honra objetiva*, *processo punitivo* e outros.

28. O Código Penal Brasileiro, no capítulo dos **crimes contra a honra**, define, no art. 139, o delito de difamação: “*difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação*”. Note-se que o termo reputação, como “*conceito de que alguém ou algo goza num grupo humano*”⁸, é indissociável da noção de honra. Ao se debruçar sobre o ponto, Nelson Hungria, um dos maiores tratadistas da matéria, assim se pronunciou:

“O interesse jurídico que a lei penal protege na espécie refere-se ao bem material da honra, entendida esta, que como o sentimento de nossa dignidade própria (honra interna, honra subjetiva), quer como o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos merecedores perante os nossos concidadãos (honra externa, honra objetiva, reputação, boa fama). Assim como o homem tem direito à integridade do seu corpo e do seu patrimônio econômico, tem-no igualmente à indenidade do seu amor-próprio (consciência do próprio valor moral e social, ou da própria dignidade ou decoro) e do seu patrimônio moral. Notadamente no seu aspecto objetivo ou externo (isto é, como condição do indivíduo que faz jus à consideração do círculo social em que vive), a honra é um bem precioso, pois a ela está necessariamente condicionada a tranqüila participação do indivíduo nas vantagens da vida em sociedade. Como diz CATHREIN, [...] Sem boa reputação, além disso, é impossível alcançar ou exercer com êxito

8 Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, versão 1.0 – intranet. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. Verbetes “*reputação*”.

postos de relevo, influência ou responsabilidade, porque os mal-afamados não merecem confiança.” (Destacou-se)⁹

29. Portanto, a partir desses ensinamentos, pode-se inferir que o juízo de valor acerca da reputação de determinada pessoa não se circunscreve à verificação da existência de maus antecedentes ou da prática de crimes, muito menos resulta da singela aplicação do princípio da presunção de inocência. Tais circunstâncias, ainda que possam desempenhar um papel indicativo, não permitem, por si sós, exprimir o grau de aceitação ou reprovação e a boa fama usufruída pelo cidadão na sociedade.

30. Cabe registrar, a propósito do assunto, que a avaliação acerca da reputação não se restringe às circunstâncias apuradas na área de atuação observada no Sistema Financeiro Nacional, admitindo-se até a repercussão de fatos ocorridos em outras áreas na qualificação do dirigente indicado, de modo que eventual comprometimento da reputação decorrente de outra atividade profissional pode ensejar a ausência da reputação ilibada de que trata a Resolução nº 4.122, de 2002.

31. Em outras palavras, o conceito de reputação assemelha-se a um sistema de *vasos comunicantes*, em que existem interferências recíprocas entre os diversos compartimentos da vida. A intensidade dessa influência é que há de ser valorada.

32. Insta também consignar que a expressão *reputação ilibada* encarta um **conceito jurídico indeterminado** que requer certa dose de **discricionariedade** em sua apreciação, posto que não possível fazê-lo com base em critérios solitários de conveniência e oportunidade – pois, nesse caso, “*estaria aberta a porta para o arbítrio, para a incerteza e para a insegurança, já que os interessados jamais saberiam que qualidades deveriam reunir*”. Com efeito, a aplicação de norma que não seja de caráter puramente objetivo, mas que, ao revés, envolve **juízo de valor**, de conotação eminentemente subjetiva, há de ser **racionalmente fundamentada**.

33. Essas lições estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário que também enxergaram na reputação ilibada um conceito jurídico indeterminado, de conotação subjetiva e valoração privativa do órgão encarregado de aplicá-la, sendo, por lógica e técnica, conceptualmente discricionária, insuscetível de

9 HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VI, p. 39-40.

se fazer substituir pelo subjetivismo do magistrado. Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto da ementa do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos do Embargos Infringentes nº 1998.005.00011:

“Idoneidade moral e reputação ilibada, dois dos requisitos exigidos para a escolha e a nomeação do Conselheiro do Tribunal de Contas. Expressões de conceito indeterminado cuja valoração pertence exclusivamente ao Legislativo, em relação ao preenchimento das vagas que lhe são constitucionalmente destinadas. Vale dizer, os critérios para aferição de idoneidade moral e reputação ilibada, in casu, são políticos e pertencem privativamente à Assembléia, apresentando conotação subjetiva. Trata-se de atuação interna corporis. Logo, por serem critérios políticos, subjetivos e privativos da assembléia, são, por lógica e técnica, conceptualmente discricionários, insuscetíveis, dessarte, ao controle do poder judiciário, pena de quebra daquele postulado insculpido no art. 3º da Carta da República. Inconcebível que o judiciário substitua, na escolha, os critérios políticos do legislativo pelos seus sabidamente técnicos. Muito menos por aqueles que envolvam apenas o subjetivismo do magistrado, às vezes emanação de sua formação filosófica e cultural. [...] A oportuna lição do eminente constitucionalista prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, invocando Gomes Canotilho (fls. 365): ‘... Em princípio, quando a lei emprega os chamados conceitos indeterminados (‘segurança pública’, ‘ilibada reputação’, ‘notável saber’), isso corresponde a um poder discricionário. É o titular deste que há de, em face de seu juízo sobre o conceito, aplicá-lo ao caso concreto. É ele quem o ‘valora’. Também a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, S. Paulo, Ed. Atlas, 1989, pag. 166): ‘se, para delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá ‘discricionariedade.’” (Rel. Desembarg. Laerson Mauro, julg. em 13.05.1998)¹⁰

34. Noutro giro, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que *“se alguém possui uma série de distribuições criminais ou cíveis por ilícitos graves, evidentemente não terá a reputação ilibada que a Constituição exige”¹¹*; o Superior Tribunal de Justiça

10 Apesar de não adentrar no mérito desse acórdão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que nele não se configurava hipótese excepcional que autorizasse o empréstimo de eficácia suspensiva ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que negara seguimento ao recurso extraordinário correspondente, conforme decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, nos autos da Petição nº 1508/RJ.

11 Cf. voto do Min. Ricardo Lewandowski nos autos do Mandado de Segurança nº 25.624-9/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 6.9.2006.

reconheceu que, independentemente da existência de condenações transitadas em julgado, a má conduta social e moral do candidato, quando estabelecida como requisito essencial do concurso público, é apta a ensejar sua reprovação¹²; o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, também em caso de concurso público, do qual se exigia comportamento irrepreensível e idoneidade moral inatacável, asseverou que a negativa de nomeação, pela Administração, não se tratava de “*considerar o impetrante culpado antes do trânsito em julgado da ação penal a que responde, mas da constatação de que ele demonstrou inidoneidade moral para o cargo*”¹³.

35. Examinando ato que negou a inscrição de bacharel em direito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, com base no art. 48, inciso VII, combinado com art. 110, parágrafo único, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963 – o antigo Estatuto da OAB, que impunha, como requisito ao deferimento do pedido, *conduta compatível com o exercício da profissão*¹⁴ –, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região assentou que essa exigência “*comporta certa margem de discricionariedade na sua interpretação, decorrente, aliás, do poder de polícia que se irradia por toda a Administração, com o escopo de resguardar o interesse público em benefício da coletividade*” (grifei). Aduziu, ademais, que:

“Destarte, apenas ao administrador que, nesta sede, prima pelo escorrito exercício profissional caberá avaliar, num juízo de conveniência e oportunidade, desde que respeitados os limites legais e as normas constitucionais vigentes, a adequação do caso em foco à conduta prevista no referido dispositivo legal.

(...)

*Ora, a apelante não agiu com abuso de poder e nem desbordou dos limites impostos pela lei, atuando em consonância com motivos pautados por critérios de razoabilidade, bem assim atingindo o ato a sua finalidade, qual seja, a de zelar pela seleção de bacharéis para o exercício da advocacia de forma rigorosa, que tenham boa reputação e conduta ilibada, em virtude do poder e da importância que o advogado tem na sociedade, nos termos do art. 133 da Constituição Federal.”*¹⁵ (Destacou-se)

12 Recurso em Mandado de Segurança nº 24.617/RO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. em 25.2.2008.

13 Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança nº 1997.01.00.006805-4/RO, Rel. Juiz Evandro Reimão dos Reis, julg. em 10.10.2002.

14 Preceitos reproduzidos no art. 34, inciso XXV e parágrafo único, do atual Estatuto da OAB (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994).

15 Apelação em Mandado de Segurança nº 92.03.075931-0, Rel. Juíza Convoc. Eliana Marcelo, julg. em 25.10.2006.

36. Em uma proposição: sem prescindir de motivação necessária e suficiente e pautado em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o Banco Central do Brasil, no exercício do indeclinável dever de resguardar o interesse público na preservação da higidez do Sistema Financeiro Nacional e da economia popular, **pode e deve** levar em consideração atos e fatos de que tenha conhecimento, incompatíveis com a idoneidade moral e reputação ilibada que se há de esperar de um administrador de instituição financeira.

37. Nesse sentido, conclui-se pela legitimidade e viabilidade de se aquilatar, no exame da reputação de controladores e administradores de instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, atos e fatos ilícitos que chegaram ao conhecimento desta Autarquia. Essa análise, como não poderia deixar de ser, tem sido realizada sempre de forma individualizada, em face das circunstâncias do caso concreto.

V. A REPUTAÇÃO ILIBADA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) NO CASO CONCRETO

A reputação ilibada como fato jurídico autônomo

38. No presente caso concreto, o recorrente, a despeito de desconhecer as *ratios essendi* do requisito da reputação ilibada no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, já esclarecidas nos tópicos acima, ainda tende a confundir fatos jurídicos distintos, motivo pelo qual faz-se imprescindível distingui-los.

39. Nesse sentido, o impetrante alega que não teve seu nome homologado pela instituição reguladora do Sistema Financeiro Nacional como se fosse um dos efeitos da decisão sancionatória de primeira instância administrativa – nada mais equivocado, uma vez que são situações jurídicas distintas, havendo, portanto, dois fatos jurídicos diversos – os quais não se comunicam.

40. A fim de elucidar tais distintos fatos jurídicos, faz-se necessário analisá-los separadamente.

41. O primeiro fato jurídico é a decisão tomada nos processos administrativos **sancionatórios** nº 0601344687 e nº 0901450774, a qual lhe

imputou a pena de inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições sob a fiscalização do Banco Central, em função de irregularidades cometidas em sua gestão na Sicoob Central MT/MS. Tal decisão, como o próprio recorrente afirma em suas peças, foi alvo de recurso administrativo e encontra-se, atualmente, pendente de decisão. Os efeitos da pena de inabilitação temporária encontram-se, portanto, suspensos.

42. O segundo fato jurídico é a decisão conjunta do Senhor Gerente-Técnico do Departamento de Organização do Sistema Financeiro e do Senhor Diretor de Organização do Sistema Financeiro e Controle de Operações do Crédito Rural, ambos do Banco Central, que **não homologou** a indicação do nome do recorrente para o exercício dos mandatos de Presidente do Conselho de Administração e de Diretor-presidente da Diretoria Executiva da Cooperativa de Crédito Mútuo dos Servidores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso (Sicoob Coopertec).

43. Vê-se, portanto, que há uma decisão **sancionatória** e, distintamente, uma decisão **homologatória**.

44. Impende esclarecer que uma decisão homologatória não configura antecipação da pena administrativa sofrida pelo recorrente na decisão sancionatória, nem de nenhuma outra pena eventualmente sofrida pelo recorrente. Aliás, a decisão homologatória tomada no presente caso concreto é um fato de direito autônomo e independente, porquanto fora tomada mediante análise acerca de diversos aspectos factuais da vida profissional do recorrente, notadamente as graves imputações havidas contra ele, quais sejam: conceder garantia ou assumir coobrigação em operações de crédito contratadas pelas filiadas da Sicoob Central MT/MS, com a finalidade de rateio de perdas; deixar de cumprir deveres legais e estatutários do Conselho de Administração da referida cooperativa, entre outros.

45. Tais imputações são tão graves que, por si sós, já ensejaram **condenações** nos processos sancionatórios nº 0601344687 e nº 0901450774, consubstanciadas na **pena de inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições sob a fiscalização do Banco Central** – as quais, como já dito, encontram-se suspensas, não irradiando nenhum efeito.

46. Para além do requisito *reputação ilibada*, o recorrente ainda foi condenado, mesmo estando tal decisão, ainda, suspensa, justamente na pena de

inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência, prevista especificamente no art. 2º, IV, da Resolução nº 4.122, de 2012, veja-se:

IV - não estar declarado inabilitado ou suspenso para o exercício de cargos de conselheiro fiscal, de conselheiro de administração, de diretor ou de sócio-administrador nas instituições referidas no art. 1º ou em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização, companhias abertas ou entidades sujeitas à supervisão da Comissão de Valores Mobiliários;

47. Entrementes, embora a penalidade administrativa aplicada, de inabilitação temporária para o exercício de cargo de direção em instituições financeiras, ainda penda de julgamento de recurso interposto ao CRSFN, ainda assim é inquestionável o abalo de sua reputação – e, por isso, ausente o indispensável requisito reputação ilibada.

48. Dessa forma, em sentido completamente diverso do que alega o recorrente, não há como se confundir uma decisão **homologatória (a qual analisa a conjunção de condições necessárias à habilitação de determinado cargo)** com outra decisão **sancionatória (que impõe uma pena/sanção)**. São, portanto, fatos jurídicos diferentes, distintos – os quais não se correlacionam, nem se comunicam.

A reputação ilibada como requisito constitucional

49. Sob a ótica do poder/dever institucional das instituições reguladoras e fiscalizadoras do Sistema Financeiro Nacional, no sentido de se proteger o múnus público, para além da ausência de reputação ilibada, há diversos outros motivos que podem inviabilizar a indicação de determinado indivíduo para a direção de uma instituição financeira. Por exemplo: estar declarado falido ou insolvente; responder, em qualquer empresa da qual seja controlador ou administrador, por protesto de títulos, cobranças judiciais, emissão de cheques sem fundos, inadimplemento de obrigações e outras ocorrências ou circunstâncias análogas, etc.

50. Aliás, a inexistência das situações acima citadas, que sujeitam a risco a instituição financeira, seus clientes e o mercado – ao lado do requisito da

reputação ilibada – é condição (e não pena, nem sanção) para o exercício de cargos em instituições financeiras expressamente prevista na Resolução nº 4.122, de 2012, em regulamentação à Lei nº 4.595, de 1964, que por sua vez confere concreitude ao artigo 192 da Constituição Federal¹⁶.

51. Não é sem outra razão, que defender o múnus público, ante a sensibilidade que a **confiança** tem no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, que o Conselho Monetário Nacional faz valer suas competências institucionais, regulando o SFN, e o Banco Central do Brasil se desincumbe de suas missões institucionais, fiscalizando, efetivamente, a condução das inúmeras instituições financeiras atuantes no País, ao fim de tornar não apenas sólida, mas principalmente, **segura**, toda a atividade econômica brasileira.

52. Essa imposição de requisitos essenciais levada a cabo pelo Conselho Monetário Nacional não apenas se alinha à Lei e à Constituição, como é um **poder dever**.

53. No caso, a questão relacionada com a conduta ilibada, exigida pela norma, está estreitamente vinculada à noção de honra objetiva do interessado em exercer a direção de uma instituição financeira. Não se pode negar que fatos ligados a irregularidades praticadas pelo recorrente maculam sua imagem junto ao público e às autoridades encarregadas de zelar pela regularidade e confiabilidade do sistema financeiro. Para isso serve o ato administrativo

16 Eis as condições impostas pela Resolução nº 4.122, de 2012, aos postulantes ao exercício de tais cargos em instituições financeiras:

“Art. 2º São condições para o exercício dos cargos referidos no art. 1º, além de outras exigidas pela legislação e pela regulamentação em vigor:

I - ter reputação ilibada;

II - ser residente no País, nos casos de diretor, de sócio-administrador e de conselheiro fiscal;

III - não estar impedido por lei especial, nem condenado por crime falimentar, de sonegação fiscal, de prevaricação, de corrupção ativa ou passiva, de concussão, de peculato, contra a economia popular, a fé pública, a propriedade ou o Sistema Financeiro Nacional, ou condenado a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos;

IV - não estar declarado inabilitado ou suspenso para o exercício de cargos de conselheiro fiscal, de conselheiro de administração, de diretor ou de sócio-administrador nas instituições referidas no art. 1º ou em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização, companhias abertas ou entidades sujeitas à supervisão da Comissão de Valores Mobiliários;

V - não responder, nem qualquer empresa da qual seja controlador ou administrador, por protesto de títulos, cobranças judiciais, emissão de cheques sem fundos, inadimplemento de obrigações e outras ocorrências ou circunstâncias análogas;

VI - não estar declarado falido ou insolvente;

VII - não ter controlado ou administrado, nos 2 (dois) anos que antecedem a eleição ou nomeação, firma ou sociedade objeto de declaração de insolvência, liquidação, intervenção, falência ou recuperação judicial.

Parágrafo único. Nos casos de eleitos ou nomeados que não atendam ao disposto no caput, incisos V a VII, o Banco Central do Brasil poderá analisar a situação individual dos pretendentes, com vistas a avaliar a possibilidade de aceitar a homologação de seus nomes.”

consistente na prévia homologação do nome do interessado a exercer cargo de direção de um banco. Se não pode a administração considerar esses dados para fundamentar seu ato, tal prerrogativa, que mais se constitui em um poder-dever, torna-se inócua.

54. É bem de ver que ao não obstar tais pretensões de pessoas que não preenchem os requisitos exigidos pela norma, o Banco Central termina por estar sujeito a demandas judiciais propostas por quem futuramente venha a sofrer prejuízos gerados por aqueles que administrem instituições financeiras sem ter a necessária qualificação para fazê-lo, mas que, no entanto, obtiveram a permissão da autoridade monetária para exercer tal atividade.

55. Pode-se dizer, pois, que o ato homologatório cumpre duplo objetivo: o primeiro, mais evidente, é o de resguardar o interesse do sistema financeiro e, por consequência, dos seus clientes; o segundo, decorrente da obrigação de zelar pelo interesse público, é o de evitar que o Banco Central seja futuramente responsabilizado pela falta no exercício do controle prévio consistente na aceitação de pessoa que não reúne as condições exigidas para o exercício da direção de instituição financeira, quando, em face das circunstâncias, deveria ter recusado sua indicação.

56. Seria um contrassenso o Banco Central autorizar a abertura de instituição financeira pelo interessado, homologando o seu nome para dirigi-la e, por outro lado, instaurar procedimento administrativo punitivo.

57. Aliás, o estabelecimento de requisitos/condições serve, também, a outros ramos do direito público, cujo objetivo é auxiliar a Administração a fazer uma melhor seleção, o que concretiza, inclusive, o constitucional princípio da eficiência, nos termos do art. 37, *caput*, da CF.¹⁷

58. É o que se vê, por exemplo, do estabelecimento dos requisitos básicos para a investidura em cargo público, previstos no art. 5º da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, veja-se:

“Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: I - a nacionalidade brasileira; II - o gozo dos direitos políticos; III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais; IV - o nível de escolaridade

¹⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: omissis (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (Destacou-se)

exigido para o exercício do cargo; V - a idade mínima de dezoito anos; VI - aptidão física e mental.”

59. O mesmo ocorre com o estabelecimento das condições de elegibilidade para que uma pessoa possa participar de um pleito eleitoral no papel de candidato, definidos nos termos do art. 14, § 3º, e subsequentes, da Constituição Federal, *in verbis*:

“§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; Regulamento VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. § 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.”

60. Cumpre ressaltar que, na esfera eleitoral, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o prévio trânsito em julgado da sentença penal condenatória **não** é requisito para o indeferimento de registro de candidatura (LC n. 135/2010; ADC 29/DF, Rel. Min. Luiz Fux):

“[...] A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal [...]” (STF, Pleno, ADC 29, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28/06/2012 PUBLIC 29/06/2012. Destacou-se.)

61. Nesse sentido, uma decisão de indeferimento fundamentada na ausência do requisito reputação ilibada, repita-se, não é uma sanção, mas, sim, verdadeira medida de natureza cautelar com vista a proteger o múnus público, bem como a selecionar

pessoas que melhor se encaixem em determinados cargos, tendo, sem dúvidas, pura finalidade pública, com esboço nos seguintes princípios constitucionais: na seara da Administração Pública, os princípios da eficiência e da moralidade administrativas (art. 37, *caput*, da CF); na seara da ordem econômica, os princípios que preveem a soberania nacional (art. 170, I, da CF)¹⁸; na seara do Sistema Financeiro Nacional (SFN), os princípios que determinam a promoção ao desenvolvimento equilibrado do País e a subserviência do SFN aos interesses da coletividade (art. 192, *caput*, da CF)¹⁹. Todos esses princípios previstos em distintas partes da Constituição Federal devem ser observados, sob pena de malferimento da Carta Política.

A presunção de inocência e a relatividade dos princípios constitucionais

62. Os casos dessa natureza têm exigido, em sua resolução, a ponderação de duas normas constitucionais aparentemente conflitantes entre si: **de um lado**, a presunção de inocência, prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal²⁰; e, **de outro lado**, o interesse público na preservação de um sistema financeiro que *promova o desenvolvimento equilibrado do País e sirva aos interesses da coletividade*, nos termos do art. 192 da Carta Magna²¹.

63. Frise-se que esse dispositivo constitucional guarda correlação direta com a própria **missão institucional desta Autarquia Monetária: assegurar um sistema financeiro sólido e eficiente**²². Uma das inúmeras maneiras de se atingir esse desiderato consiste, exatamente, em manter afastadas as pessoas que não reúnam condições objetivas e subjetivas para desempenhar funções de relevo em instituições financeiras.²³

18 Previsto no artigo 170, da CF, in verbis: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; Omissis”.

19 “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)” (Destacou-se)

20 Constituição Federal, art. 5º, inc. LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”.

21 Apesar de o art. 192 da Constituição Federal não estar topologicamente situado no capítulo dos direitos e garantias individuais e coletivas, parece inequívoco que o interesse público que o reveste consubstancia dogma essencial da ordem econômica e financeira nacional e que sua inobservância pode comprometer diversos outros preceitos fundamentais, em decorrência dos vultosos prejuízos que daí adviriam.

22 Missão do Banco Central do Brasil: “assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e um sistema financeiro sólido e eficiente.” (Cf. <http://www.bcb.gov.br/?PLANOBC>, acesso em 13.4.2011)

23 Cf. Parecer 2004/00511 (DEJUR/PRCON), item 22.

64. Por oportuno, convém advertir que a conclusão pela inidoneidade do administrador deve ser motivada e fundamentada em documentos, sendo imprescindível que os fatos desabonadores e as inferências que deles derivam sejam demonstrados nos autos do processo, o que foi, de fato, cumprido no presente caso concreto (conforme se demonstrará do tópico seguinte).

65. Porém, o princípio da presunção de inocência não deve nem pode ser visto com caráter absoluto.²⁴ Há limites para sua aplicação. E justamente por não serem absolutos, atualmente se entende que, até no campo penal, a presunção de inocência não impede a decretação das chamadas prisões processuais (prisão em flagrante, temporária, preventiva, e prisão decorrente da pronúncia e da sentença condenatória recorrível, todas previstas em lei).²⁵

66. Por isso que no exame reputacional a presunção de inocência não é anulada ou descartada pelo intérprete; antes, é harmonizada com o interesse público que norteia o processo sob comento, de modo que sua eficácia, mesmo diante do primado do interesse público, deve ser reconhecida, ainda que de forma limitada e condicionada.

67. Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência aqui discutida, deve ser sopesado com os também princípios constitucionais da Administração Pública - legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência -; o princípio constitucional da ordem econômica - soberania nacional²⁶; o princípio da estruturação do Sistema Financeiro Nacional - promoção ao desenvolvimento equilibrado do País e a subserviência do SFN aos interesses da coletividade²⁷.

24 Atualmente, entende-se pela relatividade dos direitos fundamentais. Nos dizeres de Lorena Duarte Santos Lopes, in *Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal*, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242&revista_caderno=9, “Uma das principais características dos direitos fundamentais, enquanto princípios que são, é a sua relatividade, ou seja, por se tratarem de princípios constitucionalmente previstos, os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, em caso de tensão entre eles cabe o sopesamento de um sobre o outro para que se decida daquele mais adequado.”

25 Muito embora, a par do que ocorre no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, por meio de decisões administrativas devidamente fundamentadas, no campo penal, o princípio da presunção incida para exigir que o juiz demonstre, ao menos, a ocorrência de *fumus boni iuris e periculum in mora (ou periculum libertatis)* a autorizar a decretação da custódia cautelar, significando que não são compatíveis com a norma constitucional as prisões processuais obrigatórias, quais sejam, as que decorrem de forma automática de determinado evento processual, ou ainda do cometimento de crimes graves. In: SCHREIBER, Simone. *O princípio da presunção de inocência. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7198>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

26 Previsto no artigo 170, da CF, in verbis: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; Omissis”.

27 “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)” (Destacou-se).

68. E, ao fazer esse sopesamento, a balança, segundo a técnica neoconstitucionalista da proporcionalidade para a resolução de conflitos entre princípios constitucionais²⁸, acaba por se inclinar para o bem comum da coletividade, afastando-se do interesse meramente privado do recorrente, em homenagem à defesa do interesse público, bem como por estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* (consubstanciado nos graves fatos imputados, quais sejam, conceder garantia ou assumir coobrigação em operações de crédito contratadas pelas filiadas, com a finalidade de rateio de perdas; deixar de cumprir deveres legais e estatutários do Conselho de Administração, etc. - fatos esses gravíssimos que, em conjunto, acabam por desqualificar a reputação do recorrente), e do *periculum in mora* (consubstanciado em potenciais danos, irreversíveis e irreparáveis, à sociedade, e, notadamente, aos cooperados, associados, clientes e credores da Cooperativa de Crédito Mútuo dos Servidores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso (Sicoob Coopertec), caso o recorrente exerça o cargo pretendido).

69. A par disso, insta rememorar que o Supremo Tribunal Federal reduziu o alcance da princípio da presunção de inocência ao conjugá-lo com outros valores constitucionais, e reconheceu que, na seara eleitoral, o prévio trânsito em julgado da sentença penal condenatória não é requisito para o indeferimento de registro de candidatura (LC n. 135/2010; ADC 29/DF, Rel. Min. Luiz Fux):

*“[...] A **presunção de inocência** consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma **redução teleológica**, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal [...]”* (STF, Pleno, ADC 29, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado

28 Acerca do princípio da proporcionalidade (ou ponderação), Gilmar Mendes: “[...] há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejável), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)” citado in SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. *A aplicação da máxima da Proporcionalidade no STF: um caso*. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/viewFile/368/343. Acesso em: 02 fev. 2015.

em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28/06/2012 PUBLIC 29/06/2012). (Destacou-se)

70. Posto isso, vê-se que o princípio constitucional da presunção de inocência pode e deve ser relativizado em homenagem a outros princípios constitucionais de iguais valores.

VI. O DEVIDO PROCESSO LEGAL, O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) E O *NON BIS IN IDEM* COMO REQUISITOS PRESENTES NO CASO CONCRETO

71. Sob a ótica do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal) e do *non bis in idem*, mais uma vez o recorrente tende a confundir fatos jurídicos distintos ao alegar que supostamente não lhe fora concedido exercer tais direitos.

72. Entrementes, diferentemente do que o recorrente alega, vê-se, com relação à sua condenação administrativa, que lhe foram, sim, assegurados o contraditório, a ampla defesa e o direito a recurso. Tanto é assim, que o próprio recorrente afirmou (confessou) que seu recurso encontra-se pendente de julgamento pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Então, não merece prosperar a alegação de que não lhe foram garantidos tais direitos.

73. Aliás, não cabe em sede de apelo extremo o revolvimento de provas. Tais direitos constitucionais foram, sim, devidamente exercidos pelo recorrente, como ficou consignado nas instâncias ordinárias.²⁹

74. Mencione-se que, desta feita com relação à decisão de indeferimento por ausência do requisito reputação ilibada, houve, também, respeito ao devido processo legal, bem como ao duplo grau de jurisdição, vez que o recorrente e a Sicoob Coopertec, inconformados com a decisão de 1ª instância administrativa, usufruíram de seus direitos constitucionalmente garantidos e interpuseram

²⁹ Entrementes, é fácil de se comprovar tal realidade, vez que simples consulta ao site do CRSFN acerca dos processos sancionatórios nº 0601344687 e nº 0901450774, para verificar que o recurso administrativo do recorrente encontra-se pendente de julgamento.

recursos administrativos, os quais foram julgados improcedentes pelo Senhor Diretor de Organização do Sistema Financeiro e Controle de Operações do Crédito Rural do Banco Central, na DECISÃO 0716/2013-DIORE, de 16 de agosto de 2013, que encampou o Parecer Deorf/GTCUR-05898/2013, de 23 de julho de 2013, e o Parecer Deorf/GTCUR-05920/2013, de 24 de julho de 2013, todos devidamente fundamentados.

75. Concernente à alegação de violação ao princípio do *non bis in idem*, tal não merece prosperar. O princípio que rege o *non bis in idem* estabelece, em primeiro plano, “*que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração penal*”³⁰. Nesse sentido, insta reforçar, mais uma vez, que a decisão de indeferimento por ausência do requisito reputação ilibada não configura pena, nem sequer antecipação de sanção, não havendo, portanto, qualquer desrespeito ao princípio do *non bis in idem* no presente caso concreto.

76. Portanto, em sentido completamente diverso do que o alegado pelo recorrente, e sob o império da lei, a qual dá concretude aos mandamentos constitucionais concernentes ao Sistema Financeiro Nacional, vê-se que todos os processos administrativos referidos neste processo judicial, sejam os processos sancionadores ou o processo que indeferiu sua eleição por ausência do requisito reputação ilibada, respeitaram e cumpriram, impecavelmente, o princípio da legalidade, bem como o devido processo legal, assegurando a estruturação e estabilidade do Sistema Financeiro Nacional, sua promoção ao desenvolvimento equilibrado e a subserviência do SFN aos interesses da coletividade.

VII. A NATUREZA CAUTELAR DA DECISÃO DE INDEFERIMENTO POR AUSÊNCIA DO REQUISITO REPUTAÇÃO ILIBADA

77. Não obstante já estarem refutadas todas as insubsistentes alegações do recorrente, cumpre mencionar, ademais, que o presente caso concreto em nada se assemelha ao Mandado de Segurança nº 32.491 – Distrito Federal, que tramitou nesse E. STF. O referido precedente tratou do cotejo da reputação ilibada em face de pessoa que respondia a inquérito policial para assumir o

30 JORIO, Israel Domingos. *Princípio do “non bis in idem”*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8884>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) pelo Quinto Constitucional – prevalecendo o princípio da presunção de inocência por especificidades daquele caso concreto.

78. Ocorre que essa Colenda Corte Suprema concluiu, no referido precedente, a idoneidade moral de pessoa que respondia a um único inquérito policial (que, saliente-se, é considerado um procedimento inquisitivo sem as garantias do contraditório, da ampla defesa e de recursos), o qual tramitava há mais de sete anos, sem que – depois de tanto tempo –, houvesse elementos probatórios suficientes para sequer a apresentação de denúncia pelo Ministério Público (eis que desprovidos de provas que pudessem desabonar a sua reputação), além de não existir impedimento específico na legislação e regulamentação em vigor.

79. E mais: no referido precedente, o postulante já exercia o cargo de Juiz do Tribunal Regional Eleitoral, donde se depreendeu preenchidos os requisitos para o exercício da magistratura. Também constou do julgado em tela que o próprio procedimento de escolha pela sistemática do Quinto Constitucional passara por diversos crivos, quais sejam, o crivo da Ordem dos Advogados do Brasil, o crivo do Tribunal de Justiça, e, por fim, o crivo do Governador do Estado, sendo considerado verdadeiro ato político, tendo, nesse específico precedente, apenas o Conselho Nacional de Justiça entendido a inidoneidade do postulante – o que ensejou o MS³¹.

31 Eis a ementa: “MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ADOVADO NOMEADO AO CARGO DE DESEMBARGADOR PELO QUINTO CONSTITUCIONAL. IDONEIDADE MORAL. INQUÉRITO POLICIAL EM CURSO INSTAURADO CONTRA O NOMEADO. SUSPENSÃO DA POSSE. INADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ADOVADO NOMEADO QUE EXERCIA CARGO DE JUIZ ELEITORAL DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. PREENCHIMENTO, ANTERIOR, DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DE NOTÓRIO SABER JURÍDICO E IDONEIDADE MORAL PARA ASSUMIR O CARGO DE DESEMBARGADOR. VEDAÇÃO A OCUPANTE DE VAGA DESTINADA A ADOVADOS NO TRE PARA CONCORRER AO CARGO DE DESEMBARGADOR PELO QUINTO CONSTITUCIONAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

I – A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a mera existência de inquérito policial instaurado contra uma pessoa não é, por si só, suficiente para justificar qualquer restrição a direito em face do princípio constitucional da presunção de inocência, no sentido de que.

II – A qualidade de ex-juiz do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia ostentada pelo impetrante indica que é detentor dos requisitos necessários para ocupar o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, a despeito de possuir um inquérito policial instaurado contra ele.

III – Os cargos de juiz do TRE, assim como o de desembargador do TJ, possuem os mesmos requisitos para o respectivo preenchimento, a saber notório saber jurídico e a idoneidade moral.

IV – Dessa forma, se o impetrante preenchia o requisito para atuar no TRE, nada impede que assumia o cargo no Tribunal de Justiça local.

V – Não há, na legislação vigente, nenhum impedimento a que ocupante do cargo de juiz no TRE na vaga destinada aos advogados no TRE concorra ao cargo de desembargador pelo quinto constitucional no TJ.

VI – Ordem concedida, confirmando-se a liminar deferida, prejudicado o agravo de instrumento interposto pela União.” (Destacou-se)

80. No presente caso concreto, em sentido completamente diverso do *mandamus* citado, os processos administrativos sancionadores (e não meros procedimentos) garantiram a ampla defesa, o contraditório e o direito a recursos, os quais, saliente-se, foram usufruídos pelo recorrente, sendo robustas as provas em seu desfavor, além de haver expressa previsão legal e regulamentar específica (art. 10, da Lei nº 4.595, de 1964, e, art. 2º, I, da Resolução CMN nº 4.122, de 2012), possuindo tal escolha caráter eminentemente técnico.

81. Além disso, necessário esclarecer que a natureza da decisão que indeferiu sua eleição por ausência do requisito reputação ilibada no presente caso concreto é, segundo os correlatos precedentes jurisprudenciais, de **medida cautelar**, que objetiva preservar a **higidez do sistema financeiro**, regendo-se pelas citadas Resolução nº 4.122, de 2012, pela Lei nº 4.595, de 1964, e, em última análise, pelo artigo 192 da Constituição Federal.

82. Nesse sentido, eis os fundamentos do voto proferido na mencionada AC nº 50342562720134047000/PR, os quais fizeram referência ao Parecer da Procuradora da República, Dr^a. Elizabeth Gumiel de Toledo, *in verbis*:

“Conforme consta dos autos, o impetrante foi considerado de reputação não ilibada, em virtude de haver sofrido condenação no Processo Administrativo nº Pt.0601344687, no qual foi aplicada a pena de inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições sob a fiscalização do Banco Central do Brasil, em razão de irregularidades constatadas em sua gestão na Sicoob Central MT/MS.

Não se vislumbra arbitrariedade no ato do Banco Central que indeferiu a posse do impetrante. Com efeito, segundo os incisos X e XI do art.10 da Lei nº4.595/64, compete ao Banco Central do Brasil conceder autorização para funcionamento de instituição financeira, bem como estabelecer condições para a posse e o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, de acordo com as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional-CMN.

É cediço, na jurisprudência e doutrina pátrias, que o conceito de reputação ilibada é amplo e indeterminado, permitindo uma correlata avaliação discricionária da Administração Pública, cujo teor não deve o Judiciário refutar, ante a observância da legalidade, in casu. Embora o recurso interposto nos autos do processo administrativo Pt.0601344687 ainda não tenha sido julgado, a penalidade sofrida pelo impetrante em razão

de irregularidades constatadas em sua gestão na Sicoob Central MT/MS, é no mínimo, desabonadora de conduta e potencialmente apta a atingir a reputação e credibilidade de quem quer atuar no mercado financeiro.

Insta consignar, ainda, que o ato ora impugnado não viola o princípio da presunção de inocência, eis que tem natureza acautelatória e se dá em função do poder que o Banco Central tem, e em geral a Administração Pública, delimitar o direito, interesse ou liberdade de determinados indivíduos, em razão de garantir a supremacia do interesse público. Não funciona, pois, como uma sanção, caso em que, de fato, ensejaria o devido cumprimento do princípio constitucional acima citado.

[...]

Enfim, não se vislumbra ilegalidade ou abuso de poder no ato impugnado, não havendo direito líquido e certo a ser tutelado pelo presente mandamus. Feitas essas considerações, no caso concreto, a declaração de improcedência da demanda é a medida que se impõe.

Com efeito, o impetrante não logrou demonstrar a existência de ilegalidade ou abuso de poder no ato impugnado.

Conquanto a prévia condenação criminal transitada em julgado seja imprescindível para o Estado forçar o acusado a cumprir pena privativa de liberdade, tal exigência não se estende à imposição de restrições de outra ordem (não criminal, ou seja, restrições administrativas, creditícias etc.), as quais não se equiparam a 'execução provisória de decisão condenatória penal', constituindo, antes, medida de natureza cautelar em prol do interesse público.

A par disso, o direito ao contraditório e a ampla defesa foi devidamente observado pela Administração, haja vista, que foi oportunizado ao impetrante a interposição de recurso administrativo, sendo este apreciado por decisão devidamente fundamentada.” (Destacou-se)

83. Cite-se, ainda, os seguintes precedentes correlatos:

“ADMINISTRATIVO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. INDEFERIMENTO DO NOME DO IMPETRANTE PARA OCUPAR CARGOS DE DIREÇÃO EM COOPERATIVA DE CRÉDITO. REQUISITO DE REPUTAÇÃO ILIBADA. DECISÕES ADMINISTRATIVAS CONDENATÓRIAS PENDENTES DE RECURSO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA. Quanto ao princípio da presunção de inocência, vem se consolidando na jurisprudência o entendimento no sentido de que é necessária a prévia

condenação criminal transitada em julgado, para que o Estado possa forçar o acusado a cumprir uma pena privativa de liberdade, mas tal exigência não se estende à imposição de restrições de outra ordem, isto é, em matéria desvinculada da seara criminal. (TRF4, 4ª Turma, AC nº 5033335-68.2013.404.7000, Rel. Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 04/04/2014)” (Destacou-se)

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. COOPERATIVA. REELEIÇÃO PARA CARGOS. INDEFERIMENTO. LIMINAR NEGADA. DESRESPEITO À NORMA LEGAL. INEXISTENTE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O BACEN, ao efetuar a análise da reputação dos candidatos, deve ser valer de fatos que lhe chegam a conhecimento, para então construir seu juízo de valor. Nessa perspectiva, uma vez que os candidatos já possuem condenação em primeira instância administrativa, por fatos relacionados diretamente à administração de instituição financeira, por certo que não se pode subtrair da Administração Pública considerar referida circunstância. 2. A exigência legal de reputação ilibada traduz medida de caráter preventivo, qual seja, evitar a assunção do cargo por candidato cujo histórico acarrete concreta preocupação quanto à boa e regular execução do munus. Para a formação do juízo pelo administrador, podem e devem ser levadas em conta todas as circunstâncias concretas pertinentes, no que se inclui eventual apuração ou condenação emanada pelo próprio BACEN, mesmo que pendente recurso administrativo. 3. O ato administrativo ora combatido não traduz desrespeito à norma legal que confere efeito suspensivo ao recurso administrativo. Igualmente não há violação aos princípios da presunção de inocência ou da ampla defesa, uma vez que não há, propriamente, uma antecipação da pena aplicada no Processo Administrativo nº 0801410929. Trata-se apenas de considerar elemento fático para a formação de juízo pelo administrador público quanto ao preenchimento do requisito da ‘reputação ilibada’ no caso concreto. Saliente-se, ademais, que foi proporcionado aos impetrantes a apresentação de defesa e recurso no Processo Administrativo nº 1101512614, cujo objeto é o ato que não homologou a eleição quanto a eles. 4. Agravo improvido. (TRF4, 3ª Turma, 5006018-80.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 21/06/2012)” (Destacou-se)

84. Dessa forma, vê-se que o entendimento majoritário é de que a decisão no sentido de não se homologar a indicação de nome a cargo de direção da

instituição financeira é de natureza cautelar e preventiva, a qual objetiva preservar a higidez do sistema financeiro, sendo tal decisão, portanto, dotada de plena juridicidade.

VIII. A INSINDICABILIDADE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO LEGÍTIMO

85. Ademais, não se pode esquecer que o ato do Banco Central, seja pela aprovação ou pela rejeição da pretensão do administrado, é discricionário. Assim, havendo razões para fundamentar o indeferimento do pleito, nada obsta que ele seja denegado. Vale dizer: sendo o ato administrativo suficientemente motivado com elementos objetivos que permitam verificar a ausência das qualidades exigidas para a abertura e administração de uma instituição financeira, eliminando-se, assim, qualquer resquício de subjetividade que poderia redundar em arbítrio, é recomendável que a solicitação do administrado seja negada.

86. De mais a mais, como a decisão da Autarquia Monetária no presente caso encontra-se devidamente fundamentada, tendo sido respeitadas as disposições constitucionais e legais aplicáveis, não é admitida a intervenção do Poder Judiciário sobre o *mérito administrativo*, sob pena de se substituir indevidamente a Administração no exercício de suas competências. Veja-se o que disse o STJ a respeito:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR EM EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. MULTA POR SONEGAÇÃO DE COBERTURA CAMBIAL. EXPORTAÇÃO. DOSAGEM PERCENTUAL DA MULTA. ART. 6º DO DECRETO N. 23.258/33. MÉRITO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO A CARGO DO BACEN. FATO INTERRUPTIVO. DECRETO N. 20.910/1932.

1. A Lei n. 4.595/64 e o Decreto n. 23.258/33 não deixam dúvidas de que a competência para decidir sobre a quantidade de multa a ser aplicada no caso de sonegação de cobertura cambial é do Banco Central do Brasil.

2. A insuficiente fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem para reduzir a multa, ao argumento de que “a obscuridade da prova ensejou

fossem adotadas as cautelas da divergência dos conselheiros vencidos, votantes pela redução da multa em 50%” e de que “a decisão pela imposição e redução da penalidade foi da administração, e não do Judiciário”, denota que se ingressou, indevidamente, no mérito administrativo a respeito da quantidade de multa que se deveria aplicar à sociedade empresária Jahú Indústria e Comércio de Pescados Ltda, pois acabou por imiscuir-se em critérios que tão somente o Banco Central tem competência para estabelecer.

3. A jurisprudência do STJ não abona a indevida ingerência do judiciário no mérito administrativo, salvo raras exceções, quando há violação. Precedentes: RMS 27.954/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 29/9/2009, DJe 19/10/2009; AgRg no MS 13.918/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 16/2/2009, DJe 20/4/2009; REsp 983.245/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 9/12/2008, DJe 12/2/2009.

(...).

10. Recurso especial do Banco Central provido para manter a multa aplicada, no percentual fixado pelo Bacen.

11. Recurso especial interposto por Jahú Indústria e Comércio de Pescados Ltda parcialmente conhecido e, em parte, provido para considerar prescritos os valores da multa relacionados com fatos ocorridos anteriormente a outubro de 1993.”

(Destacou-se. REsp 1099647/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 01/07/2010).

87. Portanto, para além do entendimento majoritário de que a decisão no sentido de não se homologar a indicação de nome a cargo de direção da instituição financeira é de natureza cautelar e preventiva, cujo objetivo é preservar a higidez do sistema financeiro, caso o Poder Judiciário se ingresse no mérito do presente mandado de segurança, haverá de ser denegada a segurança, diante da demonstrada **legalidade, constitucionalidade e juridicidade** do ato administrativo ora atacado.

IX. CONCLUSÕES

88. Considerando as peculiaridades do Sistema Financeiro Nacional; que os bancos se distinguem das demais atividades econômicas por se sujeitarem a

riscos e incertezas muito maiores; que simples rumores podem ser suficientes para levá-los à falência; que quando quebram, o impacto é sentido em toda a sociedade; que, nesse sistema, o banqueiro necessita inspirar confiança;

89. Considerando as circunstâncias do caso concreto, notadamente a gravidade dos fatos imputados ao recorrente nos processos sancionatórios nº 0601344687 e nº 0901450774, quais sejam: conceder garantia ou assumir coobrigação em operações de crédito contratadas pelas filiadas da Sicoob Central MT/MS, com a finalidade de rateio de perdas; deixar de cumprir deveres legais e estatutários do Conselho de Administração da referida cooperativa, entre outros;

90. Considerando a legitimidade e viabilidade de se aquilatar, no exame da reputação de controladores e administradores de instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, atos e fatos ilícitos que chegaram ao conhecimento desta Autoridade Monetária, a qual tem sido realizada sempre de forma individualizada e fundamentada;

91. Requer o Banco Central:

- a) **Preliminarmente, o não conhecimento do RE**, ante a ausência de repercussão geral, a ausência de caracterização de ofensa direta ao texto constitucional, a ausência de prequestionamento, conforme devidamente demonstrado por esta Autarquia Monetária em sua peça de contrarrazões, bem como pelo disposto na Súmula 279 dessa Corte Suprema, no sentido de se impossibilitar o mero reexame de provas, o que, aliás, foi efetivamente realizado pelas instâncias ordinárias;
- b) **No mérito**, e, na eventualidade de não se acatar as preliminares suscitadas no item anterior, **o desprovisionamento do RE** e o decorrente reconhecimento da juridicidade do ato impugnado, considerando que a decisão que indeferiu a eleição do recorrente por ausência do requisito reputação ilibada não se trata de pena, nem sequer é antecipação de sanção, mas, sim, verdadeira medida de natureza cautelar e preventiva, conforme jurisprudência dominante, com vistas a proteger o múnus público, com espeque, inclusive, nos princípios constitucionais da Administração Pública (princípios da eficiência e da moralidade administrativas - art. 37, *caput*, da CF); da Ordem Econômica (princípios que preveem a soberania nacional -

art. 170, I, da CF); do Sistema Financeiro Nacional (princípios que determinam a promoção ao desenvolvimento equilibrado do País e a subserviência do SFN aos interesses da coletividade - art. 192, caput, da CF), afastando-se, por fim, o interesse meramente privado do recorrente.

92. Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 27 de julho de 2015.

ISAAC SIDNEY MENEZES FERREIRA

Procurador-Geral do Banco Central – OAB/DF 14.533

ERASTO VILLA-VERDE DE CARVALHO FILHO

Subprocurador-Geral do Banco Central

Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CC2PG) – OAB/DF 9.393

ÉRITON BITTENCOURT DE O. ROZENDO

Procurador do Banco Central

Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (Cojud) – OAB/DF 20.033

BERNARDO HECKMANN

Procurador do Banco Central

Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (Cojud)

OAB/PE 36.971

Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

1. Os trabalhos devem ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central para apreciação, pelo endereço **revista.pgbc@bcb.gov.br**, em arquivo *Word* ou RTF, observando-se as normas e os parâmetros de editoração adiante estabelecidos.
2. Os autores filiados a instituições estrangeiras podem encaminhar trabalhos redigidos em inglês ou espanhol.
3. Os autores que publicam trabalhos na Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central são detentores dos direitos morais de seus trabalhos, no entanto não fazem jus aos direitos patrimoniais pertinentes a sua criação ou a remuneração de nenhuma natureza.
4. **Configuração dos trabalhos** – Os trabalhos enviados devem ser compostos de 10 a 20 páginas, redigidas em fonte *Times New Roman* 12, com espaço entrelinhas simples. Variações serão analisadas pelo Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central.
A configuração das páginas deve observar os seguintes parâmetros:
 - a) margens: superior – 3cm; inferior – 2cm; esquerda – 3cm; direita – 2cm;
 - b) tamanho: 210mm x 297mm (folha A4);
 - c) numeração: todas as páginas são contadas, mas a numeração, em algarismos arábicos, ocorre da segunda página em diante, na margem superior direita.
5. **Título e subtítulo** – O título do trabalho deve ser escrito no topo da página, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman* 16, em negrito, com a primeira letra de cada palavra em maiúscula, salvo nos casos em que a inicial maiúscula não seja recomendada (em advérbio, preposição, conjunção, interjeição e artigo). O subtítulo do trabalho deve ser escrito na mesma linha do título, com mesma fonte, mesmo alinhamento e negrito. O subtítulo grafa-se das seguintes formas:
 - a) se ocorrer após dois-pontos: todas as letras minúsculas, salvo se a inicial maiúscula for obrigatória (exemplo: Governança Cooperativa: as funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil);
 - b) se ocorrer após traço: inicial maiúscula apenas na primeira palavra (exemplo: Governança Cooperativa – As funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil).

6. **Identificação do autor** – O nome do autor deve figurar um espaço duplo depois do título, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman* 11 e negrito, seguido de asterisco, que remeta a nota de rodapé em que conste sua formação acadêmica e suas principais atividades profissionais.
7. **Sumário** – O sumário reproduz número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho. Deve posicionar-se um espaço duplo depois do nome do autor, alinhado à direita, a 6cm da margem esquerda, com fonte *Times New Roman* 10, em itálico. Apresenta número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho, até três desdobramentos. Veja-se este exemplo:

*Introdução. 1 Atividade bancária na União Europeia.
2 Concorrência no setor bancário. 2.1 Sujeição dos bancos
às regras de concorrência comunitárias. 2.2 Atuação da
Comissão Europeia e da Rede Europeia de Concorrência.
2.3 Ações da Comissão Europeia para o fortalecimento da
concorrência na área bancária. Conclusão.*

8. **Resumo** – O resumo deve ser apresentado em português e inglês (*abstract*) e conter de 100 a 250 palavras. Deve ser construído na terceira pessoa do singular, com frases concisas e afirmativas, e não com enumeração de tópicos. Sua primeira frase deve explicar o tema do trabalho. Evitam-se símbolos e contrações cujo uso não seja corrente e fórmulas, equações e diagramas, a menos que extremamente necessários. Deve ressaltar o objetivo, o método, os resultados e as conclusões; não deve discorrer sobre o assunto do trabalho. O resumo em inglês (*abstract*) deve ser antecedido do título do trabalho, também em inglês, grafado um espaço duplo depois das palavras-chave em português.
9. **Palavras-chave** – Devem ser citadas de 4 a 6 palavras representativas do conteúdo do trabalho, separadas entre si por ponto. As palavras-chave em português devem figurar um espaço duplo depois do resumo. As palavras-chave em inglês (*keywords*) apresentam-se um espaço duplo depois do *abstract*.
10. **Texto** – O texto deve respeitar o limite de páginas já fixado e ser redigido de acordo com os parâmetros seguintes.
 - a) **Título e subtítulo de seções:** devem ser escritos em fonte *Times New Roman* 14, em negrito, posicionados um espaço duplo depois das *keywords*, alinhados à esquerda, com recuo de 1,5cm à esquerda e um espaço duplo entre eles. Escrevem-se apenas com a primeira letra da primeira palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de maiúscula nas demais palavras seja obrigatório.

Devem ser numerados com algarismos arábicos. O número e o nome das seções e das subseções devem ser separados apenas por espaço. Vejam-se exemplos:

3 Concorrência no setor bancário

3.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias

- b) **Parágrafos:** devem ser redigidos em fonte *Times New Roman* 12, sem negrito ou itálico, iniciando-se um espaço duplo depois do título da seção ou da subseção, com espaçamento entrelinhas simples, alinhamento justificado e recuo de 1,5cm da margem esquerda.
- c) **Destques:** devem ocorrer conforme as seguintes especificações:
- expressões em língua estrangeira: itálico (se ocorrerem trechos em itálico, as expressões estrangeiras devem ficar sem itálico);
 - ênfase, realce de expressões: negrito;
 - duplo realce de expressões: negrito e sublinhado (quando necessário destacar texto já destacado).
- d) **Citações:** devem apresentar-se conforme sua extensão.
- Citações com três linhas no máximo: devem figurar no corpo do parágrafo, entre aspas, sem itálico.
 - Citações com mais de três linhas: devem compor bloco independente do parágrafo, a um espaço duplo do texto antecedente e a um espaço duplo do texto subsequente, alinhado a 4cm da margem esquerda, com fonte 10, sem aspas e sem itálico.
 - Destaque nas citações: pode constar do original ou ser inserido pelo copista.
 - > Destaque do original: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) do autor”, entre parênteses, seguido do ponto-final.
 - > Destaque do copista: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)”, entre parênteses, antes do ponto-final.
 - Sistema de chamada de citações: deve ser o sistema autor-data. Em vez de usar número que remeta a nota de rodapé com os dados bibliográficos da publicação mencionada e em vez de usar toda a referência entre parênteses, emprega-se o sobrenome do autor ou o nome da entidade (com apenas a inicial maiúscula), a data e a(s) página(s) da publicação de onde se retirou o trecho transcrito. Vejam-se estes exemplos.
 - > Citação direta com até três linhas, sem o nome do autor expresso no texto:
[...] O § 1º do citado art. 47 dá poderes aos estatutos para “criar outros órgãos necessários à administração”, e o art. 48 prevê a possibilidade de que os órgãos de administração contratem gerentes técnicos ou comerciais que não pertençam ao quadro de associados (BRASIL, 1971).

- > Citação direta com até três linhas, com o nome do autor expresso no texto:

[...] nas palavras de Serick (*apud* COELHO, 2003, p. 36): “[...] aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela.”

- > Citação direta com mais de três linhas, sem o nome do autor expresso no texto:

[...] Em relação aos órgãos de administração, a Lei Cooperativa prevê, em seu art. 47:

A sociedade será administrada por uma Diretoria ou Conselho de Administração, composto exclusivamente de associados eleitos pela Assembleia Geral, com mandato nunca superior a 4 (quatro) anos, sendo obrigatória a renovação de, no mínimo, 1/3 (um terço) do Conselho de Administração (BRASIL, 1971).

Dessa forma, as cooperativas de crédito no Brasil devem optar por serem administradas por uma [...]

- > Citação direta com mais de três linhas, com o nome do autor expresso no texto:

[...] Nas palavras de Martins (2001, p.135), a sociedade comercial pode ser conceituada como

[...] a entidade resultante de um acordo de duas ou mais pessoas, [sic] que se comprometeram a reunir capitais e trabalho para a realização de operações com fim lucrativo. A sociedade pode surgir de um contrato ou de um ato equivalente a um contrato; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.

Essa reunião social, conhecida pelos nomes “empresa”, “firma”, “sociedade”, “entidade societária” etc., [...]

- > Citação indireta sem o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Críticos a esse modelo argumentam que os administradores podem atribuir a essa busca por atender expectativas dos *stakeholders* a responsabilidade por eventuais resultados negativos do negócio, mas reconhecem sua capacidade em agregar os esforços das partes interessadas em torno de objetivos de longo prazo e o sucesso da empresa (MAHER, 1999, p. 13).

- > Citação indireta com o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Cornforth (2003, p. 30-31), na tentativa de estabelecer um modelo de análise apropriado para organizações sem fins lucrativos e tomando por base a taxonomia proposta por Hung (1998, p. 69), foca a atenção nos papéis que o Conselho desempenha, relacionando sua significância com as teorias associadas a cada papel na busca de uma abordagem multiteórica capaz de melhor explicar os diferentes papéis do Conselho.

11. **Referências** – Todos os documentos mencionados no texto devem constar nas Referências, que se posicionam um espaço duplo depois do fim do texto. Adotam-se as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Os nomes devem ser separados entre si por um espaço simples, alinhados à esquerda. O destaque no título do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser **negrito**; o subtítulo deve ser grafado sem **negrito**. Título de artigo ou de texto publicado como parte de um exemplar deve ser grafado sem **negrito**, e o título desse exemplar deve figurar em **negrito**. No caso de publicações eletrônicas, deve constar o endereço eletrônico em que foi feita a consulta ao documento e a data do acesso a ele. Vejam-se exemplos:

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. **Sistema Financeiro e Responsabilidade Social**: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito. São Paulo: Textonovo, 2004.

ROMAN, Flávio José. A Função Regulamentar da Administração Pública e a Regulação do Sistema Financeiro Nacional. *In*: JANTALIA, Fabiano. **A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 de outubro de 2008. Seção 1. p. 3. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

SEMINÁRIO BRASILEIRO SOBRE A ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL, 2008, Brasília. **Anais ...** Brasília: Escola da AGU, 2008, 300 p.

CARVALHO, Danilo Takasaki. Sistema de Pagamentos em Moeda Local: aspectos jurídicos da nova alternativa para remessas de valores entre o Brasil e a Argentina. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 199-224, dez. 2008.

12. Os trabalhos que não estiverem em conformidade com as normas e os parâmetros relativos à editoração da revista serão devolvidos a seus autores e poderão ser reenviados, desde que efetuadas as modificações no prazo estabelecido.
13. A seleção dos trabalhos para publicação será feita pelos membros do Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, conforme previsto em regulamento próprio.



BANCO CENTRAL DO BRASIL

