

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 3 – Número 1
Junho 2009





BANCO CENTRAL DO BRASIL

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

Volume 3 • Número 1 • Junho 2009

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 3 • Número 1 • Junho 2009

© Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central – Cejur

Diretora da Revista da PGBC

Marusa Vasconcelos Freire (Banco Central, DF)

Editor da Revista da PGBC

Fabiano Jantalia Barbosa (Banco Central, DF)

Conselho Editorial da Revista da PGBC

Marusa Vasconcelos Freire, Presidente (Banco Central, DF)

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, Vice-Presidente (Banco Central, DF)

Alexandre Magno Fernandes Moreira (Banco Central, DF)

Lademir Gomes da Rocha (Banco Central, RS)

Marcus Vinícius Saraiva Matos (Banco Central, DF)

Tânia Nigri (Banco Central, SP)

Vincenzo Demetrio Florenzano (Banco Central, MG)

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 revisão redacional, sem alterações de sentido ou conteúdo.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Banco Central do Brasil

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil.
Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez. 2007 –. Brasília: BCB, 2009.

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)

Centro de Estudos Jurídicos
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.pgcbcb@bcb.gov.br

Procuradoria-Geral do Banco Central

Procurador-Geral

Francisco José de Siqueira

Consultor Jurídico

João Correia de Magalhães

Consultor Jurídico

Marcus Vinícius Saraiva Matos

Subprocuradora-Geral titular da Chefia de Gabinete do Procurador-Geral

Marusa Vasconcelos Freire

Coordenador-Geral do Centro de Estudos Jurídicos

Jamacy José da Silva Junior

Gerente da Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros

Neuza de Fátima Carvalho

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Consultoria Bancária e Regulação Geral

Ailton Cesar dos Santos

Coordenadora-Geral da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Bancária e de Normas

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

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

Luiz Ribeiro de Andrade

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal

Roberto Hidemitsu Yamashiro

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Flávio José Roman

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Consultoria Administrativa e Ação Correicional

Arício José Menezes Fortes

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Administrativa

Niraldo Faria Baldini

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Contencioso Administrativo e Consultoria Penal
Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos Administrativos Contenciosos
Nelson Alves de Aguiar Junior

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Penal
Cassiomar Garcia Silva

Subprocurador-Geral titular da Câmara Especial de Consultoria Monetária e Internacional
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Monetária e Internacional
Juliana Bortolini Bolzani

Procurador-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central no Distrito Federal
José Maria dos Anjos

Procuradora-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio de Janeiro
Fátima Regina Máximo Martins Gurgel

Procurador-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central em São Paulo
José Osório Lourenção

Procuradora-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio Grande do Sul
Eliane Teixeira Cantelle

Procurador-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central em Pernambuco
Wagner Tenório Fontes

Procurador-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado da Bahia
Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Procurador-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado do Ceará
Jáder Amaral Brilhante

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

Procuradora-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado do Pará
Ana Leuda Tavares de Moura Brasil Matos

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

Sumário

Editorial

Apresentação	
<i>Cristiano de Oliveira Lopes Cozer</i>	9
Nota da Edição	
<i>Fabiano Jantalia Barbosa</i>	13

Artigos

Análise Jurídica da Política Econômica	
<i>Marcus Faro de Castro</i>	17
Estado e Arbitragem: impressões da <i>I Conferencia Latinoamericana de Arbitraje</i>	
<i>Danilo Takasaki Carvalho</i>	71
Análise das Questões Jurídicas Envolvidas em um Financiamento Imobiliário	
<i>José Eduardo Ribeiro de Assis</i>	85
O Processo Pendente de Julgamento Definitivo na Esfera Administrativa e a Aplicação da Multa de Importação	
<i>Lucas Alves Freire</i>	101
<i>Reformatio in Pejus</i> em Processo Administrativo Sancionador: o caso do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional	
<i>Marcel Mascarenhas dos Santos</i>	119

A Vedação da <i>Reformatio in Pejus</i> no Âmbito do Processo Administrativo Sancionador e a Inconstitucionalidade da Aplicação do Parágrafo Único do Artigo 64 da Lei nº 9.784, de 1999 <i>Marlos Lopes Godinho Erling</i> _____	141
Sonegação Fiscal como Crime Antecedente de Lavagem de Dinheiro na Lei nº 9.613, de 1998, e no Projeto de Lei nº 3.443, de 2008 <i>Sara Moreira de Souza</i> _____	157
O Recurso Antecipado e o Recurso Prematuro na Visão dos Tribunais Superiores <i>Jamacy José da Silva Junior</i> _____	181

Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central

Parecer PGBC-84/2009 Informações prestadas nos autos do Mandado de Segurança Preventivo autuado como Medida Cautelar em Ação Cível Originária nº 1.332/DF, impetrado pelo Estado do Mato Grosso do Sul perante o Supremo Tribunal Federal, sustentando a ilegitimidade passiva do Banco Central em controvérsia sobre a possibilidade de bloqueios de valores, por meio do Sistema <i>Bacen Jud</i> , e a constitucionalidade do encaminhamento de ordens judiciais às instituições financeiras por meio eletrônico. <i>Felipe de Vasconcelos Pedrosa e Francisco José de Siqueira</i> _____	215
Parecer PGBC-94.001/2009 Análise da juridicidade da adoção de cláusula de <i>set-off</i> no Acordo de Swap de Moedas a ser firmado entre o Banco Central do Brasil e o <i>Federal Reserve Bank of New York</i> . <i>Marcus Vinícius Saraiva Matos, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e Francisco José de Siqueira</i> _____	229

Parecer PGBC-106/2009

Informações encaminhadas ao Superior Tribunal de Justiça, a título de subsídios para julgamento do Recurso Especial nº 1.046.768/RS sob o rito do art. 543-A e seguintes do Código de Processo Civil, relativo a recursos repetitivos. Análise da juridicidade da estipulação de capitalização mensal de juros em contratos bancários, disciplinada pela Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001

Felipe de Vasconcelos Pedrosa e Luiz Ribeiro de Andrade _____ 249

Petição PGBC-3440/2009

Memorial apresentado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165-0/DF, em que o Banco Central ingressou na qualidade de *amicus curiae*, sustentando a constitucionalidade das normas concernentes aos planos de estabilização monetária denominados Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II.

Francisco José de Siqueira, Luiz Ribeiro de Andrade, Flávio José Roman, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos _____ 265

Normas de submissão de trabalhos à Revista da PGBC _____ 321

Apresentação

Eis, caro leitor, a quarta edição da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, veículo dedicado à divulgação de trabalhos jurídicos relacionados com as áreas de atuação da autoridade monetária brasileira.

A Revista, nos albores de sua já profícua existência, mostra-se oportuna como espaço para reflexão a respeito de assuntos que ocupam a pauta das grandes questões nacionais. Não me refiro apenas à discussão sobre a extensão e o perfil adequados da supervisão no âmbito do sistema financeiro, incluída na ordem do dia pela recente crise financeira. Tenho em mente, numa perspectiva mais ampla, o debate, de caráter estrutural, a respeito da organização, das competências e das responsabilidades do Banco Central do Brasil, motivado pelo reconhecimento generalizado da estabilidade econômica como condição essencial para a promoção do desenvolvimento equilibrado do país e para o bom serviço aos interesses da coletividade.

Há crescente consenso, em meios acadêmicos e em foros políticos e econômicos por todo o globo, acerca dos objetivos fundamentais que devem perseguir os bancos centrais, à vista da experiência histórica com distintos arranjos monetários e financeiros engendrados desde a fundação do Banco da Inglaterra, em 1694. Refiro-me aos objetivos da **manutenção da estabilidade de preços** e da **promoção da estabilidade financeira**, cuja persecução justifica-se por integrarem o conjunto de condições básicas para que cada indivíduo possa, com autonomia, buscar o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

O reconhecimento da importância fundamental dessas pautas de atuação das autoridades monetárias acarreta, para legisladores nacionais e supranacionais, o desafio de forjar desenhos institucionais consentâneos com sua eficiente concretização, observadas, naturalmente, as peculiaridades de cada economia. Reflexões sobre o assunto, no mundo inteiro, indicam que, a despeito da

diversidade de sistemas econômicos, é conveniente a adoção de modelos institucionais fundados na condução autônoma da política monetária por bancos centrais, visando ao objetivo primordial da estabilidade de preços, sem prejuízo da coordenação de esforços com outras autoridades (em especial supervisores do mercado financeiro e de capitais e autoridades fiscais), tendo por fim a promoção da estabilidade financeira.

Tais considerações ocupam, no Brasil, posição central nas discussões sobre os papéis da autoridade monetária. É desnecessário recordar, nesse contexto, os benefícios que a economia nacional experimenta em virtude da condução autônoma da política monetária e cambial pelo Banco Central do Brasil, no âmbito de modelo macroeconômico que conjuga câmbio flutuante (com liberdade de fluxo de capitais), responsabilidade fiscal e regime monetário de metas de inflação. Esses benefícios despontam com particular clareza quando comparados aos desmandos característicos da situação de anterior sujeição da política da moeda às necessidades fiscais do governo.

Sem embargo, falta ao país um diploma legal que confira base estatutária firme para a condução independente da política monetária e cambial, pois a autonomia com que age o Banco Central do Brasil, hoje, tem por alicerce apenas o consentimento de cada ocupante do Palácio do Planalto. Diploma legal da espécie deve assegurar à autarquia as prerrogativas necessárias para conduzir altivamente a política da moeda, sem descuidar, naturalmente, da consagração de mecanismos de prestação de contas, de atribuição de responsabilidades e de coordenação com outras políticas governamentais.

Devo recordar que tal legislação contribuiria, por seus efeitos sobre as expectativas dos agentes econômicos, para aumentar a eficiência da política monetária e cambial, com evidentes ganhos para a economia brasileira. Creio, ademais, não estar encarecendo excessivamente a validade dessa medida ao indicar sua importância no presente contexto econômico, em que, paulatinamente, o Brasil galga os degraus que conduzem ao reconhecimento do real como moeda internacionalmente conversível.

Os juristas ocupam, nesse quadro, posição de destaque. Cumpre aos operadores do Direito resgatar permanentemente os fundamentos normativos sobre os quais se apoia a ordem econômica nacional, ainda que a euforia ou o pânico alimentem, eventualmente, o desejo de solapá-los. A tarefa pode ser

ingrata. Significará, por vezes, recordar as benesses da liberdade de iniciativa frente a arroubos estatizantes; implicará, outras vezes, afirmar o valor da livre concorrência na presença de poderosos interesses corporativos; trará, outras vezes mais, encargos distintos, mas igualmente espinhosos.

Nada do que foi dito, à evidência, convola o jurista num guardião da imobilidade. Ao contrário, nega o ofício aquele que se furta à responsabilidade de buscar constantemente o aperfeiçoamento das instituições, no sentido da proteção da esfera de autonomia e livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Friso, no entanto, que o jurista não se pode intimidar ante o dever de confrontar as políticas estatais com os pilares normativos da República, ciente de que regulação, supervisão e intervenção, conquanto relevantes, jamais representarão substitutos à altura da laboriosidade e do engenho individuais.

Ao franquear suas páginas à reflexão sobre tais assuntos e outros tantos concernentes à atuação do Banco Central do Brasil, a Revista enquadra-se nesse esforço de repensar o país à luz de seus fundamentos jurídicos. Sua elaboração traz doses equivalentes de empenho e de carinho. Resta-me apenas, caro leitor, desejar-lhe uma leitura tão instrutiva quanto agradável.

Brasília, 30 de junho de 2009.

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer
Subprocurador-Geral titular da
Câmara Especial de Consultoria Monetária e Internacional
da Procuradoria-Geral do Banco Central.

Bacharel em Direito pela
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Mestre em Direito, Estado e Constituição pela
Universidade de Brasília (UnB).

Nota da Edição

A edição que se apresenta da Revista da PGBC possui a marca da evolução que a Procuradoria-Geral vem buscando imprimir ao periódico. Em continuidade aos valiosos trabalhos já publicados em edições anteriores, o presente número contempla artigos inovadores, quer em relação aos temas, quer em relação à abordagem por eles adotada, debatendo temas de grande relevância para o sistema financeiro nacional.

A seção de artigos é iniciada com uma consistente e inovadora contribuição do Professor Marcus Faro de Castro, da Universidade de Brasília, que propõe novas bases para a investigação científica na conturbada fronteira entre o Direito e a Economia. Em seu artigo, o pesquisador argumenta que as abordagens jurídicas de questões economicamente relevantes não têm contribuído para superar essa dificuldade. Discutindo a importância da moeda como instituição social complexa envolvida na promoção da liberdade e a caracterização da economia de mercado como sendo formada por agregados contratuais com componentes reais e monetários, o autor propõe o emprego de uma abordagem interdisciplinar para a elaboração de critérios derivados de análises empíricas e destinados a compatibilizar o dinamismo transformativo da economia de mercado com a equânime fruição de direitos humanos e fundamentais.

Em seguida, o procurador Danilo Takasaki Carvalho apresenta, sob a forma de artigo, um importante relato das palestras e debates que tiveram lugar na *I Conferencia Latinoamericana de Arbitraje*, realizada em Assunção, Paraguai, no mês de junho de 2009. O artigo aborda questões de natureza prática relativas à adoção da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias entre o Banco Central do Brasil e suas contrapartes em contratos internacionais e discute as vantagens da arbitragem institucional, as medidas de urgência em

procedimentos arbitrais, a mediação como etapa prévia à arbitragem e a redação da cláusula compromissória em relações jurídicas de múltiplas partes.

O procurador José Eduardo Ribeiro de Assis nos brinda com um pragmático estudo acerca da evolução de um financiamento imobiliário em uma economia com altas taxas de inflação. A partir da análise de um caso concreto, no qual o pagamento de todas as prestações não foi suficiente para extinguir a dívida, o procurador analisa todas as variáveis envolvidas, como taxa de juros, índices de correção e sistemas de amortização, de forma a procurar identificar a causa das distorções detectadas ao final do financiamento, sustentando que o problema do financiamento não reside na adoção do sistema *Price*, mas sim na disparidade de períodos de reajuste do saldo devedor e das prestações ajustadas.

Analisando o posicionamento da Procuradoria-Geral do Banco Central e pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional acerca do significado da expressão “irregularidades pendentes de julgamento definitivo nas instâncias administrativas”, contida no art. 126 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, o procurador Lucas Alves Freire promove um relato histórico da multa de importação, realçando as implicações da sucessão temporal de leis penais para a aplicação das referidas multas. A partir disso, o autor analisa as dúvidas e as interpretações conflitantes acerca do tema em matéria de processos sancionadores no âmbito do sistema financeiro nacional.

Ainda na seara de processos administrativos punitivos, os procuradores Marcel Mascarenhas dos Santos e Marlos Lopes Godinho Erling discorrem sobre o relevante e controvertido tema da *reformatio in pejus*. Enquanto o primeiro autor discute o tema com foco no estudo de caso concreto decidido pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, o segundo autor se vale de uma análise sistemática da vedação à *reformatio in pejus* no âmbito do Direito Processual Civil e do Direito Processual Penal, em que a instância recursal é aberta por iniciativa exclusiva da parte interessada. Nesse sentido, sustenta a tese de que a mera previsão de oportunidade de manifestação anterior do administrado à possível decisão de agravamento em sede recursal administrativa viola os princípios do contraditório e da ampla defesa nas vertentes do direito de manifestação.

No trabalho seguinte, a advogada Sara Moreira de Souza estuda a sonegação fiscal como crime antecedente de lavagem de dinheiro à luz da Lei nº 9.613, de

3 de março de 1998, e do Projeto de Lei nº 3.443, de 16 de junho de 2008. A autora argumenta que, se o projeto de lei em questão for aprovado, não haverá mais um catálogo de crimes antecedentes e, assim, o delito de sonegação fiscal, em qualquer de suas modalidades, praticado por organização criminosa ou não, poderá ser considerado crime prévio de lavagem de dinheiro.

Fechando a seção de artigos, o procurador Jamacy José da Silva Junior apresenta um interessante artigo em que examina a divergência de posicionamento dos tribunais superiores no que se refere à intempestividade *ante tempus* dos recursos. Em seu estudo, o procurador propõe bases conceituais para diferenciar o recurso prematuro do recurso antecipado, analisando o posicionamento dos tribunais superiores sobre o tema.

Para engrandecer ainda mais a edição, o Conselho Editorial da Revista da PGBC selecionou quatro pronunciamentos importantes elaborados pela Procuradoria-Geral. Além da análise do acordo de *swap* de moedas entre o Banco Central do Brasil e o *Federal Reserve Bank of New York*, foram também selecionados pronunciamentos que discorrem sobre o Bacen Jud, a capitalização mensal de juros em contratos bancários e os planos de estabilização monetária denominados Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II.

Diante disso, esperamos que a leitura dos trabalhos ora publicados seja bastante proveitosa.

Brasília, 30 de junho de 2009.

Fabiano Jantalia

Editor da Revista da PGBC.

Coordenador-Geral substituto do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral.

Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Especialista em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Professor de Direito Econômico do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e do

Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB).

Análise Jurídica da Política Econômica

Marcus Faro de Castro*

1 Introdução. 2 Interdisciplinaridade, interesses e valores. 3 Moeda, hierarquia, liberdade. 4 Economia e agregados contratuais. 5 Procedimentos analíticos. 6 Análise jurídica das políticas de produção. 7 Comentários finais.

Resumo

O dinamismo da economia de mercado tem produzido efeitos ambíguos. De um lado, proporciona o crescimento da riqueza geral; de outro, falha em promover, de maneira equânime, a fruição de direitos fundamentais entre indivíduos e grupos no mundo. O trabalho argumenta que as abordagens jurídicas de questões economicamente relevantes não têm contribuído para superar essa dificuldade. Em seguida, discute a importância da moeda como instituição social complexa envolvida na promoção da liberdade e a caracterização da economia de mercado como sendo formada de agregados contratuais com componentes reais e monetários. Finalmente, propõe o emprego de uma abordagem interdisciplinar para a elaboração de critérios derivados de análises empíricas e destinados a compatibilizar o dinamismo transformativo da economia de mercado com a equânime fruição de direitos humanos e fundamentais

Palavras-Chave: Política econômica. Direitos humanos. Liberdade. Justiça econômica.

* Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Abstract

The market economy generates ambiguous outcomes. On the one hand, it affords the increase of wealth on a global scale; on the other hand, it fails to promote equitable fruition of fundamental rights among individuals and groups across the world. The paper argues that legal approaches to economically relevant issues have not contributed to overcome this difficulty. It then discusses the importance of money as a complex social institution involved in the promotion of freedom and the characterization of the market economy as being formed by contractual aggregates that encompass real and monetary elements. Finally, the paper develops an interdisciplinary approach conducive to the elaboration of criteria derived from empirical analysis and designed to bring the transformative drive of the market economy in line with the promotion of equitable fruition of fundamental and human rights.

Keywords: Economic policy. Human rights. Freedom. Economic justice.

Le droit fait partie de la réalité économique; un bon agent économique doit intégrer l'existence du droit comme force sociale réelle dans ses calculs proprement économiques.

Pierre Bourdieu

1 Introdução

Em novembro de 2006, em processo de nº 766/53, um juiz da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal proferiu sentença em ação civil pública proposta contra o governo do Distrito Federal. A ação foi motivada pela constatação, por parte do Ministério Público local, de que o governo do Distrito Federal (GDF) permanecia omissa com relação à implementação de certas “medidas de proteção” destinadas a menores e previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A ação focalizava a situação de menores portadores de doenças mentais e/ou alcoólatras e toxicômanos, necessitados de assistência médica e psiquiátrica no Distrito Federal.

A sentença, com base em diversos fundamentos – inclusive, destacadamente, o art. 227 da Constituição Federal de 1988, em que é proclamado o dever do Estado de garantir “com absoluta prioridade, às crianças e adolescentes o direito à vida [e] à saúde” –, condenou o GDF a, no prazo de 180 dias,

criar programa eficaz destinado a atender crianças e adolescentes portadores de transtornos mentais e/ou alcoólatras e toxicômanos, bem como construir ou definir estabelecimento próprio de saúde, equipando-o de forma adequada e dotando-o de profissionais especializados em número suficiente ao atendimento da demanda [...]. (BRASIL, 2006)

O caso acima ilustra exemplarmente a formação de conflitos, carreados aos tribunais judiciais, que envolvem decisões sobre políticas públicas e políticas econômicas. A definição da estrutura de políticas públicas e sua “coerência” com balizamentos advindos da política econômica formam, para esse efeito, um todo. No Brasil e em outros países, os desafios nesse campo têm sido frequentes. Os casos do Supremo Tribunal Federal (STF) referentes ao fornecimento de medicamentos pelo poder público têm recebido atenção da imprensa e têm sido estudados por pesquisadores da área do direito (BARBOSA, 2008; RAMOS, 2008). Diversos países considerados menos desenvolvidos que procuram organizar políticas para impulsionar o seu crescimento têm enfrentado este tipo de situação.¹ Mas não apenas eles.

Um estudo da *Tax Foundation*, por exemplo, constatou que, entre 1977 e 2007, vários tribunais estaduais nos Estados Unidos condenaram os governos de seus estados a aumentarem despesas em educação. Os governos estaduais viram-se compelidos a aumentar os impostos sob sua jurisdição para fazer face aos novos níveis de despesa com educação. Em diversos casos, a suplementação orçamentária acumulada foi de bilhões de dólares, sendo a mais alta a do estado de Nova Iorque, que atingiu a quantia de mais de US\$10 bilhões de acréscimos orçamentários decorrentes de condenações judiciais.²

É comum que juristas, diante de situações como as descritas acima, analisem e concluam sobre o caso com base em fins ideais, considerados ínsitos à lei

1 Ver estudos sobre África do Sul, Brasil, Índia e Indonésia em Gauri e Brinks (orgs.) (2008).

2 Ver Atkins (2007). O estudo sugere que a alocação de recursos para a educação envolvendo decisões dadas em litígios judiciais não é “eficiente” no longo prazo.

ou à constituição, que exigem o favorecimento das partes percebidas como mais fracas ou vulneráveis. Podem ainda os juristas, para determinar uma solução para o caso, proceder por meio de um tratamento **formal** da lei e da constituição, que desvia o olhar do julgador para as formas abstratas da lei e para longe dos fatos e possíveis consequências de sua decisão sobre a vida social.

Com efeito, sob a cultura jurídica corrente, as opções disponíveis para os operadores do direito, diante de situações que se apresentam *prima facie* como injustas, por envolverem o sofrimento humano, mas que têm inegáveis implicações em termos de política econômica, parecem ser as seguintes:

- a) a interpretação **formal** da lei e da constituição (que pode incluir a adesão a uma detalhada e formalmente elaborada axiologia, ou a uma teoria hermenêutica também formal), tornando o jurista incapaz de analisar as situações **de fato** e tirar daí consequências relevantes para a determinação do conteúdo das normas;³
- b) a interpretação **substantiva** da lei e da constituição, calcada em um propósito idealmente justificado de favorecer os que são percebidos como mais vulneráveis e injustiçados;⁴
- c) um cálculo prudencial de caráter abstrato e genérico, constitutivo da “ponderação de valores”;⁵ e
- d) a chamada Análise Econômica do Direito (AED), que conforma o cálculo prudencial a uma teoria econômica, para a determinação da

3 Aqui se inclui a imposição da chamada “reserva do financeiramente possível” (adaptada do Direito alemão – ver, por exemplo, Mendes (2000) e Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 293-295), adotada como “princípio” constitucional. Esse princípio parte da falsa distinção, amplamente adotada por constitucionalistas alemães, entre direitos negativos ou de defesa (contra o Estado) e direitos prestacionais ou positivos (que dependem de prestações providas pelo Estado, como a educação pública e outros). A distinção não se sustenta, pois, conforme decorre da argumentação de Holmes e Sunstein (1999), mesmo os direitos usualmente chamados de negativos (a propriedade e outros) têm sua fruição dependente de atividades estatais (polícia, aparelho judicial, etc.) e da destinação de receitas fiscais para o custeio de tais atividades. Para uma análise da evolução recente do posicionamento do STF diante de argumentos sobre escassez de recursos públicos necessários para a fruição de direitos fundamentais, ver Wang (2008).

4 A interpretação substantiva pode ter ênfase finalística (por exemplo, a necessidade de que o Estado ofereça serviços de educação a todos), ou procedimental (por exemplo, a defesa da correção de regras de processos de elaboração de políticas para que deixem de excluir “minorias” ou “grupos da sociedade civil”). A justificação “ideal” do propósito de favorecer os que são percebidos como excluídos, vulneráveis, hipossuficientes etc. pode adquirir a forma de uma “teoria social”, tal como a teoria da “dialética social do direito” (ver Lyra Filho [1982, p. 66-91]), ou a “teoria da ação comunicativa” (ver Habermas [1981, 1985]). A justificação “ideal” – que se move no campo das idéias, sem incluir estratégia metodológica de engajamento com os fatos empíricos – opõe-se à justificação pragmática, de que tratam Boltanski e Thévenot (1991).

5 Para efeito da estruturação de seu *iter* discursivo, o cálculo prudencial abstrato e genérico pode ser tratado como “princípio” formal e dogmático (por exemplo, o “princípio da proporcionalidade”), recaindo, quanto a esse aspecto, no campo da interpretação **formal**. Ver, por exemplo, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 355-357, 364-367). Para uma avaliação crítica do uso da ponderação de valores, ver Tsakyrakis (2009).

solução mais “eficiente”, a ser dada aos conflitos de interesse como a decisão juridicamente correta.⁶

As opções de análise jurídica apontadas acima, contudo, não se prestam a conciliar a funcionalidade e a produtividade da economia, de um lado, e, de outro, a equânime proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos, promovendo assim a justiça econômica. A interpretação **formal** olha unicamente para as formas jurídicas, as construções dogmáticas, não levando em consideração os fatos que constituem situações empíricas dramáticas e facilmente caracterizáveis como injustas, tais como a pobreza, a fome, a morte de pessoas por doenças comumente tratáveis e assim por diante. Das formas jurídicas abstratas, podem ser derivadas apenas outras formas abstratas, não juízos marcados com a experiência de vida social. Por sua vez, a interpretação **substantiva** não leva em consideração, de maneira disciplinada, as implicações, em termos de política econômica e seus efeitos, das soluções apontadas para os casos considerados. A seu turno, a “ponderação de valores”, sendo de caráter genérico e abstrato, acaba se apoiando em especulações imprecisas sobre o que são os “valores” em questão, e sobre qual a maneira de ajuste mútuo entre eles que seria mais adequada para atender aos interesses concretos dos membros da sociedade. Por fim, a AED, ao proceder por meio da chamada “análise de custo-benefício”,⁷ não leva em conta as relações entre interesses materiais e valores não econômicos, que são relevantes para a promoção da justiça econômica.

O presente trabalho apresenta uma abordagem de questões jurídicas alternativa às que foram indicadas acima. Ao formular tal alternativa, rejeita o “primeiro direito econômico”, decorrente do desgastado esforço de construção dogmática das formas de “intervenção do Estado no domínio econômico”,⁸ bem como o “segundo direito econômico”, correspondente às elaborações da AED.⁹

6 Para uma discussão sobre a AED, ver Salama (2008).

7 Sobre a análise de custo-benefício, ver Prado (2004).

8 A dogmática das formas de intervenção do Estado na economia ignora que não se pode conceber a moderna sociedade de mercado sem admitir que certos direitos individuais (propriedade e contrato) sejam postos sob a proteção do próprio Estado. Novamente, o argumento de Holmes e Sunstein (1999) não deixa dúvidas quanto a isso. Uma vez reconhecido o alcance desse argumento, a questão passaria então a ser, não acerca da “intervenção” *versus* a “não intervenção” – sendo esta última denotativa da liberdade (por exemplo, a liberdade de iniciativa) –, mas sim sobre a **qualidade** da ação do Estado, ou seja, sobre a qualidade da forma institucional da ação estatal. Esta pode ser organizada de modo a promover, ou a reprimir, a liberdade de indivíduos e grupos.

9 A distinção entre o “primeiro direito econômico” e o “segundo direito econômico” está originalmente em Castro (2005).

A abordagem descrita nas próximas seções deste trabalho recebe o nome de “Análise Jurídica da Política Econômica” (AJPE).¹⁰ A AJPE considera a política econômica como conjunto de regras politicamente instituídas que organizam a produção, a troca e o consumo na vida social. Além disso, a AJPE adota alguns outros pressupostos que são constitutivos de sua perspectiva e de sua abordagem da realidade social. Tais pressupostos serão explicitados abaixo.

A seguir, na seção 2, procura-se destacar a importância de se ter em vista, com o auxílio da interdisciplinaridade, as relações entre interesses materiais e outras motivações para agir, incluindo valores, que abrangem noções de bem, justiça e “direito”. A percepção de tais relações, referidas a contextos empíricos, é importante para que se forme uma perspectiva sobre as possibilidades de construção de uma ordem social que seja ao mesmo tempo dinâmica, do ponto de vista econômico, e justa.

Na seção 3, indica-se que a moeda, vista como instituição social complexa, é, na sociedade de mercado, elemento de mobilização de interesses orientados para inovações e redefinições da ordem social. A moeda, institucionalmente organizada na sociedade de mercado, incluindo suas combinações com contratos, é entendida como meio de coordenação cooperativa de interesses compatível com o exercício da **liberdade**, diante da possibilidade de conservação de ordens não negociadas no presente, mas “arbitrariamente” herdadas do passado.

Reconhecendo que a moeda, na sociedade de mercado, constitui elemento integrante dos contratos economicamente relevantes, na seção 4, explora-se a noção de redes ou agregados contratuais, em cuja trama encontram-se referenciais que expressam políticas públicas (e econômicas), pactos sociais e possibilidades de fruição de direitos fundamentais.

Em seguida, na seção 5, é oferecida uma descrição de procedimentos analíticos típicos da AJPE, que focaliza a experiência empírica da **fruição** de direitos, não os direitos como referências formais. Na seção 6, completa-se a discussão sobre a análise da fruição de direitos, estendendo-a aos “direitos de produção”: as formas de propriedade com função produtiva.

10 A AJPE nutre-se de uma visão sobre as relações entre Direito e Economia parcialmente explicitada em Castro (2005, 2007). A AJPE tem sido referencial para o grupo de estudos “Direito, Economia e Sociedade” da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

2 Interdisciplinaridade, interesses, valores

Um primeiro ponto a ser esclarecido a respeito da AJPE é que essa abordagem se orienta de maneira a encorajar a **abertura interdisciplinar** do estudo do Direito no trato de questões economicamente relevantes. Isso significa que interessa à AJPE o diálogo com diversos campos de elaboração intelectual e, conseqüentemente, o trabalho interdisciplinar abrangendo contribuições conceituais e metodológicas de diversas disciplinas, em especial a Economia (embora de maneira não restrita à chamada “Economia neoclássica”, mas privilegiadamente de modo a interagir com os estudos econômicos de orientação institucionalista), a Antropologia Econômica, a Ciência Política e a Sociologia Política, a Sociologia Econômica, a Teoria das Relações Internacionais (especialmente relevante para questões de Direito Econômico Internacional), entre outras.

Essa abertura procura ampliar os canais de abordagem dos fatos sociais de maneira a reforçar e organizar a capacidade do jurista de proceder à apreciação crítica da realidade empírica. Além disso, a abertura da análise jurídica à interdisciplinaridade é buscada também com o intuito de auxiliar na abordagem e problematização das relações entre interesses materiais, de um lado, e valores, interesses ideais, ou ainda motivações psicológicas para agir, de outro.¹¹ Nesse sentido, a AJPE considera que tais relações – entre interesses materiais e outros referenciais da ação social –, bem como sua importância em termos institucionais, constituem um campo (talvez uma pluralidade de campos) a ser explorado com especial atenção, a fim de que sejam compreendidas, nas diferentes situações empíricas, as relações entre as regras das políticas econômicas e as concepções de “bem”, “justiça” ou “direito”, formadas por grupos e indivíduos.¹²

11 A sociologia de Max Weber e a sociologia econômica por ele influenciada são referências importantes (embora não exclusivas) da discussão sobre as relações entre interesses econômicos e valores. Ver Weber (1957, 1957a). Ver também Swedberg (2003) e Eastwood (2005).

12 Nesse aspecto, a AJPE é também convergente com o reconhecimento do “giro institucional”, associado, no campo econômico, à superação do “fundamentalismo do capital” e à chamada “Nova Teoria do Crescimento”. A nova visão de crescimento econômico, que contribuiu para o “giro institucional”, prega que o desenvolvimento não deriva fundamentalmente do estoque de capital, mas também de inovações tecnológicas (novas ideias) e mudanças institucionais. Nessas mudanças, estão envolvidos elementos culturais, normativos e políticos. Cf. Evans (2005). Discussões sobre o novo “momento” das relações entre direito e políticas de desenvolvimento, ilustradas em Trubek e Santos (orgs.) (2006), também têm pontos de contato importantes com a AJPE.

Assim, a AJPE toma como pressuposto que as decisões de política econômica¹³ afetam de maneira diferenciada as ações atuais e planejadas de grupos e indivíduos, com reflexos sobre a formação de suas concepções sobre o que são (em termos de fruição presente), ou devam ser, os seus direitos. Isso precisa ser compreendido pela análise jurídica no tratamento de questões relevantes para a configuração institucional da política econômica, tanto no plano doméstico como no da cooperação econômica internacional. Os parágrafos abaixo procuram ilustrar isso.

Decisões de política econômica, ou com relevância para essa política, são tomadas diariamente por governos no mundo contemporâneo. A determinação de alíquotas de impostos, a criação ou extinção de tributos, as mudanças da taxa de juros que remuneram títulos da dívida pública, as estratégias de participação dos bancos centrais no mercado de câmbio, a fixação de metodologia para o cálculo de reajuste de preços administrados (energia, telefonia, planos privados de seguro de saúde etc.), as decisões sobre a destinação de recursos orçamentários para o custeio de serviços como educação, saúde, justiça, segurança pública, diplomacia etc. – todas essas são decisões objeto de consideração, monitoramento e reforma praticamente contínua por parte de governos.

Tais decisões de política econômica, evidentemente, afetam as possibilidades de indivíduos e grupos engajarem em determinados padrões de ação. E afetam, também, a percepção que eles têm em relação às ações que pretendam empreender no futuro. Uma redução da alíquota do imposto incidente sobre a produção de automóveis pode fornecer o encorajamento decisivo para que uma família resolva adquirir um carro novo imediatamente. Uma redução da alíquota do imposto sobre circulação de mercadorias, cobrado sobre a comercialização de alimentos da cesta básica, pode evitar a desnutrição de crianças em certas comunidades; e a majoração de alíquota nos mesmos impostos pode obviamente causar o efeito inverso em ambas as hipóteses mencionadas. Uma estratégia exitosa de um banco central para evitar, mediante a compra e venda de dólares, a valorização da moeda local pode ajudar um exportador a decidir continuar investindo na produção dos bens de sua fábrica, sem dispensar trabalhadores, e

13 Dado que as políticas macroeconômicas (fiscal, monetária etc.) normalmente impõem balizamentos às políticas microeconômicas (por exemplo, políticas industriais) e às políticas públicas como um todo, e não o inverso, as referências feitas neste trabalho às políticas econômicas em geral valem igualmente para as políticas públicas.

pode ser o fundamento da decisão de uma família no sentido de adiar por um ano uma viagem de turismo a um país estrangeiro. Ainda um outro exemplo: uma decisão da Organização Mundial do Comércio (OMC) que declare ilegais políticas de governos que permitam a importação de pneus usados pode provocar a destruição de empregos e indústrias de remodelagem de pneus e a modificação do panorama de competição econômica, e preços, na produção e venda de pneus novos.

Assim, os efeitos das decisões de política econômica sobre as escolhas formativas dos padrões de ação dos indivíduos e grupos podem contrariar ou favorecer seus interesses em geral. Isso decorre do fato de que as ações efetivas ou planejadas de indivíduos e grupos sociais normalmente contêm significados que tais atores prezam de maneira não uniforme e com intensidade variável. Por vezes, com intensidade absoluta, como no caso de um militante que engaje em greve de fome, ou que sacrifique propositalmente sua vida em um atentado violento.

Em outras palavras, as ações das pessoas e de grupos têm motivações que podem ser traduzidas como valores de natureza moral, cultural, religiosa e outras – e também como impulsos psicológicos, tais quais a necessidade de ser admirado, a inclinação a evitar o risco, a compulsão inconsciente a experimentar a dor para expiar uma culpa e assim por diante.¹⁴ Com frequência, as motivações para agir prendem-se, diretamente, a imperativos institucionais, sendo esse tipicamente o caso do dirigente empresarial que é impelido a agir diante da necessidade de gerar lucros a serem distribuídos aos sócios. Mas, indiretamente, o imperativo de gerar lucros relaciona-se também a valores e impulsos psicológicos, presentes entre os proprietários do capital, relativo ao ato de embolsar e dispor dos lucros distribuídos.

Dadas as conexões apontadas acima, torna-se natural que as concepções sobre o que constitui a ordem desejável ou “ordem justa” passem a estar relacionadas ao impacto das decisões de política econômica sobre a sociedade. Ou seja, os significados que os atores dão a suas ações efetivas ou projetadas e que são afetadas por políticas econômicas facilmente influenciam suas noções sobre o que é em geral desejável, justo e “direito”, na sociedade em que vivem.

14 Comportamentos considerados “irracionais”, divergentes do que a grande parte dos economistas entende ser a conduta típica do *homo economicus* (maximização de utilidade), passaram a atrair a atenção de autores interessados em Economia e Psicologia que desenvolveram a chamada “Economia Comportamental”. Cf. Tisdell e Hartley (2008, p. 50-52). A abordagem da Economia Comportamental tem suscitado o interesse de juristas preocupados em desenvolver perspectivas realistas sobre as relações entre a economia e sua regulação. Ver, por exemplo, Thaler e Sunstein (2008).

Ora, sob regimes autocráticos, as decisões de política econômica podem ser tomadas sem que os governos levem em consideração, em primeiro plano, as opiniões que os indivíduos e grupos formam sobre o que é justo, sobre o que são os seus direitos. Porém, em uma democracia, a “pesquisa de opinião” torna-se um instrumento de trabalho cotidiano para os governantes, inclusive para fins de decisões de política econômica.

Nas democracias, portanto, a opinião livremente formada pelos indivíduos sobre o que são e devem ser os seus direitos¹⁵ é, de certo modo, uma importante e indispensável fonte de critérios para a determinação do que devem ser os conteúdos concretos dos direitos em termos de padrões de ação efetiva (fruição). Diante disso, controvérsias sobre a realidade social e possibilidades de reformas favorecedoras da fruição adquirem relevância. Assim, a percepção de que determinadas políticas públicas ou econômicas limitam as possibilidades de fruição de direitos torna-se, em tese, fundamento para exigir que tais políticas sejam sempre estruturadas de modo a promover, e não prejudicar, a efetividade do exercício de direitos fundamentais e direitos humanos.

3 Moeda, hierarquia, liberdade

A AJPE considera também que, na economia de mercado, em especial, a moeda é uma **instituição social complexa**. Isso tem duas principais implicações, que contribuem para a formação da perspectiva da AJPE.

A primeira é o entendimento de que a moeda não é uma entidade neutra, simplesmente empregada para facilitar a troca (associada com as funções “unidade de conta” e “reserva de valor” econômico), mas sim uma instituição complexa, pulsante, multifacetada, cujas características, prolongamentos ou articulações com instrumentos financeiros (títulos de crédito, valores mobiliários, contratos financeiros) dependem de uma série de políticas, dentre as quais se podem mencionar: regulação bancária, organização do sistema de pagamentos, monopólio de emissão, política de câmbio, curso forçado, regulação de moedas comunitárias, política creditícia (incluindo direcionamento de crédito e

15 Em argumento semelhante, Montesquieu (1964, p. 586) relaciona a liberdade à “opinião que cada um tem de sua segurança”. Para Montesquieu, é nessa opinião que reside o cerne da liberdade política.

oferta de juros subsidiados, tais como para a agricultura, políticas industriais, exportações) e de juros, tributos incidentes sobre operações financeiras, política de concorrência no setor bancário, decisões e cálculos sobre as relações entre receitas e despesas do Estado, regulação de mercados financeiros (bolsas de valores, mercadorias e mercados futuros), regulação do setor de seguros, relações contratuais entre agentes financeiros do Estado (por exemplo, bancos centrais ou, ainda, bancos comerciais ou de investimento controlados pelo Estado) e os do setor privado. Nesse sentido, a noção de “moeda” permanece indissociável da operação da “política monetária”, entendida em sentido amplo. Mas as variações do modo como a moeda atua na economia também recebe influências da atividade financeira privada, como no caso do chamado “multiplicador bancário”, e por meio da celebração de contratos financeiros não inteiramente alcançados pela regulação exercida por autoridade pública.¹⁶

No âmbito da economia internacional, a moeda, considerada como instituição social complexa, tem o seu desenho institucional dependente de mecanismos formais e informais de cooperação monetária internacional. Enquanto o padrão ouro internacional continha as práticas institucionais informais dessa cooperação entre diversos países, de finais do século XIX até a Primeira Guerra Mundial, e enquanto o regime cambial posto sob a supervisão do Fundo Monetário Internacional (FMI) desde a década de 1950 até a de 1970 substituiu o a cooperação da época do padrão ouro, as práticas informais de coordenação cambial, tais como os encontros do G7, têm predominado, sem que um “direito” monetário internacional tenha sido seguido pelos atores relevantes.¹⁷

A segunda implicação do entendimento da AJPE a respeito da moeda é a visão de que essa instituição social está imbricada, como elemento habilitante, com a organização das ações econômicas nas esferas do investimento (produção), do consumo e da troca, por meio de sua presença na tessitura das relações contratuais. É a moeda, juntamente com complementos contratuais, que possibilita a mobilização e a coordenação de interesses para fins produtivos e de comércio. Mas, simultaneamente, ao permear a organização contratual da economia, a moeda está também imbricada com a formação de significados não econômicos (morais, culturais, estéticos, religiosos etc.) que são atribuídos às

16 Sobre as atividades financeiras não alcançadas por regulação de natureza pública, ver Jackson (2001).

17 Sobre a ineficácia de um “direito” monetário internacional ancorado no acordo de formação do FMI, cf. Simmons (2000).

ações econômicas pelos indivíduos e grupos. Entre esses significados, incluem-se, além de modulações do sentimento de “confiança”,¹⁸ noções de “bem”, “justiça” e “direito” (ou de “mal”, “injustiça”, “contrariedade a direito”), embora nem sempre esses significados estejam imediatamente claros, e não obstante se sujeitem a mudanças e variações, às vezes inesperadas, ao longo do tempo. A conhecida discussão de Marx sobre o “fetichismo das mercadorias” é uma referência aqui (MARX, 1978, p. 319-329).

Por outro lado, contribuições da Antropologia Econômica são também importantes. Por exemplo, há estudos que revelam a atribuição de significados simbólicos ao uso da moeda em diversas sociedades, tais como a dos habitantes das Ilhas Fiji, a de peregrinos brâmanes de Benares, na Índia, e a de pescadores da Malásia, entre outras (BLOCH; PARRY, 1998). Conforme destacam Bloch e Parry a esse respeito,

[o] que encontramos sistematicamente [...] é uma série de procedimentos pelos quais os bens que derivam do ciclo de curto prazo são convertidos na ordem transacional de longo prazo — procedimentos que incluem o ato de “beber” dinheiro, no caso da Ilhas Fiji, “cozinhar” o dinheiro em Langkawi, a “digestão” das dádivas dos peregrinos pelos brâmanes de Benares. (BLOCH; PARRY, 1998, p. 25).

Uma interpretação de tais significados simbólicos indica que eles possibilitam que se realize, nessas sociedades, a subordinação do uso da moeda para fins aquisitivos de curto prazo a uma visão ideológica relativa ao “ciclo de reprodução de longo prazo”, denotativa de uma moralidade mais abrangente do que a que permanece aplicável à aquisição imediata de bens materiais (BLOCH; PARRY, 1998).

Na perspectiva da AJPE, portanto, a moeda, vista como uma instituição social complexa no âmbito da economia de mercado, pode ter diversos desenhos institucionais, e assim diversos usos regulados por meio de regras jurídicas e vinculações, nas diversas circunstâncias, a múltiplos significados. Mas isso quer dizer, também, que a própria regulação jurídica incidente sobre os diversos usos da moeda influencia a formação de significados diversos, inclusive de desejos e fantasias.

18 Para uma proposta de leitura da confiança como elemento inerente ao uso da moeda, ver Thérêt (2008).

Nesse sentido, para a AJPE, as formas de controle institucional da moeda e seus desdobramentos e articulações com os mercados financeiros estão na base da formação dos processos de escolhas de estratégias de ação econômica, em duas frentes: *i*) a das estratégias de ação que se orientam para a repetição do costume, ou para o uso de técnica ou tecnologia já disponível (herdada do passado), sob a ordem social que é correspondente a tal uso – e não se pode negligenciar que os legados de antepassados frequentemente carregam marcas indesejadas, que pesam sobre o presente e sobre futuro previsível; ou *ii*) a das estratégias que se formam ao arrepio do costume e têm em vista a inovação tecnológica e a criação de novos mercados e respectivas mudanças na ordem social. A mudança na ordem social cria novos significados, novos papéis sociais e abre novas oportunidades para a redefinição das relações entre indivíduos ou grupos e o todo social.

Assim, a AJPE adota como pressuposto o argumento advindo da sociologia, que enxerga no uso da moeda, sob a economia de mercado, o elemento que promove a **liberdade** dos indivíduos, possibilitando que superem relações pessoais de dependência, ao mesmo tempo em que estabelece relações impessoais entre eles. Foi nesse sentido que Simmel (2005, p. 24) escreveu: “[O] dinheiro confere, por um lado, um caráter impessoal, anteriormente desconhecido, a toda atividade econômica, por outro lado, aumenta, proporcionalmente, a autonomia e a independência da pessoa”.

Com efeito, Simmel contrasta, de um lado, a “economia natural” das sociedades tradicionais, em que predominam relações pessoais, e, de outro, a “economia do dinheiro” (a economia de mercado). Nesta segunda, as relações pessoais de dependência – portanto caracterizáveis como não livres – dissolvem-se e são substituídas por outras relações. Conforme indica Simmel (2005, p. 28),

O homem das épocas econômicas anteriores encontrava-se na dependência de poucos outros homens, mas estes outros eram individualmente bem definidos e impermutáveis, enquanto hoje em dia dependemos muito mais de fornecedores, mas podemos permutá-los ao nosso bel prazer. Precisamente uma tal relação tem de gerar um forte individualismo, pois não é o isolamento em si que aliena e distancia os homens, reduzindo-os a si próprios. Pelo contrário, é uma forma específica de se relacionar com eles de tal modo que implica anonimidade e desinteresse pela individualidade do outro que provoca o individualismo.

Ora, se, por um lado, na economia de mercado, organizada por meio do uso da moeda, as relações interpessoais de dependência, típicas da sociedade tradicional, declinam, por outro lado, novas relações sociais, com significados livremente negociados entre os indivíduos, podem mais irrestritamente se tornar objeto disponível para redefinições, orientadas para originalidades – quanto ao conteúdo e formas institucionais – e para o futuro.

Segundo a perspectiva da AJPE, é na criação de novos papéis e nas oportunidades para a redefinição das relações sociais e instituições que reside a **liberdade**, entendida como “poder prático de transformação social”. Tal transformação social corresponde a mudanças nas hierarquias sociais herdadas, não negociadas no presente, e que definem a ordem corrente da sociedade.¹⁹ A moeda (incluindo suas articulações com mercados financeiros) é vista pela AJPE, portanto, como um meio privilegiado, nas economias de mercado, de mobilização e **coordenação cooperativa** de interesses inovadores,²⁰ compatível com a promoção da liberdade individual. E a inflação extremamente elevada indica a disposição de abandono da moeda como meio de coordenação cooperativa de interesses.

Assim, no investimento, contratual e monetariamente organizado, é reconhecido o potencial de transformação da ordem social (liberdade). Consequentemente, o foco da AJPE no desenho institucional da moeda e suas conexões com mercados financeiros e com os da economia real adquire relevância especial. A moeda, considerada uma instituição social complexa, na sociedade de mercado, equivaleria ao que Reinert chamou de “instituições schumpeterianas”.²¹ É por essa via que a AJPE explora relações entre o investimento (a mobilização e coordenação de interesses por meio da moeda e complementos contratuais) e a equânime promoção da liberdade dos indivíduos, em termos de sua capacidade de fruir direitos fundamentais.

Obviamente, as extremas e rígidas diferenças de distribuição de renda monetária, bem como diferenciais nacionais e internacionais de taxas de juros,

19 Uma discussão entre o conceito de “liberdade” moderna e as noções de “supressão ideológica de hierarquias” (típica do liberalismo) e de “inversão de hierarquias”, ambas tributárias de Louis Dumont, é oferecida em Castro (2003).

20 O tema da “cooperação” relacionada ao dinamismo econômico (desenvolvimento) aparece, na literatura jurídica brasileira, em Salomão Filho (2002).

21 Reinert (2007) identifica o aparecimento de “instituições schumpeterianas” em análises sobre mudanças institucionais da Itália do século XV. Elas seriam instituições “indutoras e habilitadoras de mudanças” (*change-inducing and change-enabling institutions*). Ver Reinert (2007).

têm, nessa perspectiva, consequências em termos de distribuição da liberdade (poder prático de reformular hierarquias) e de distribuição da capacidade de fruição de direitos fundamentais.

Finalmente, a AJPE considera que, na sociedade contemporânea, marcada pela expansão do uso da informação, institucionalmente organizada e socialmente apropriada por meio da ampla disseminação do uso de “tecnologias da informação”, a informação em si mesma pode ser considerada como um meio de **coordenação cooperativa de interesses** alternativo à moeda. Diante disso e dos potenciais impactos do uso da informação para as “economias em rede”, ganham relevância também especial, como campos de análise, os conflitos entre os movimentos a favor do uso de “códigos abertos” (*open source*) e os defensores de regimes de propriedade intelectual de caráter excludente, como é o regime codificado sob o acordo conhecido como “TRIPS”,²² adotado no âmbito da OMC.²³ Assim, em uma economia dinamicamente organizada em torno da informação, um crucial desafio passa a ser como transformar diferentes possibilidades de estruturar “arquiteturas da informação” em equivalentes de instituições schumpeterianas – por exemplo, no contexto do que tem sido descrito como “*web* semântica” (BREITMAN, 2005).

A respeito dessa temática, uma percepção genérica da AJPE é que, sob o atual regime de propriedade intelectual da OMC, correspondente ao TRIPS, o uso, reprodução e circulação de idéias ficam subordinados ao aparato da economia de mercado e à operação de sua moeda, precisamente por meio das normas jurídicas de propriedade intelectual de natureza excludente.²⁴ Por isso, a expansão da possibilidade de fruição de direitos fundamentais por parte de indivíduos e grupos, no contexto da economia de mercado, pode ser buscada também, em grande medida, por meio da reforma do direito de propriedade intelectual (patentes), capaz de desfazer a subordinação entre as possibilidades de construção de arquiteturas e usos da informação e a política econômica

22 TRIPS é a abreviação de *Trade Related Intellectual Property Rights*, comumente adotada para designar o acordo que contém a disciplina jurídica da propriedade intelectual no âmbito da OMC e seguida pelos países membros dessa organização.

23 Para discussões relevantes, ver Lessig (1999) e Benkler (2006).

24 Além das referências acima, ver Boyle (2003). Ver também Evans (2005, p. 99), que assinala: “interesses na produção de ideias são sempre acompanhados de interesses igualmente poderosos na apropriação de retornos [financeiros] decorrentes das ideias”. E acrescenta: “Como indicam as lutas correntes entre o Norte e o Sul, sobre a propriedade intelectual, é o Sul que se encontra confrontado por demandas de reforço da apropriabilidade (*appropriability*) enquanto sofre os plenos efeitos da distribuição desigual dos direitos de propriedade intelectual existentes.”

organizada em grande parte em torno do disciplinamento da moeda e suas relações com a economia real. A eliminação dessa subordinação aumenta as chances de que um processo mais acelerado de construção de uma “economia digital” adquira redobrado impulso.

4 Economia e agregados contratuais

Outro pressuposto da AJPE é a sua visão da economia como sendo formada de agregados (ou redes) de contratos.²⁵ Tal caracterização “contratual” da economia ressalta o seu caráter institucional, convencional (e não “natural”), bem como sua disponibilidade para a análise jurídica e para a eventual mudança decorrente da crítica jurídica. Os agregados ou redes contratuais abrangem não somente a economia real, mas também a economia monetária, ao mesmo tempo em que articulam institucionalmente as relações entre elas.

Considerando que os contratos, na sociedade de mercado, têm frequentemente conteúdos de utilidade (objeto do contrato) e conteúdos monetários (preço e outros),²⁶ a AJPE distingue entre contratos voltados para a economia real e os contratos financeiros. A diferença entre os dois tipos de contrato (não financeiro e financeiro) está em que, no contrato financeiro, a “cláusula de utilidade” (também designada como “cláusula valorativa”) corresponde a uma prestação pecuniária ou obrigação financeira (CASTRO, 2007). Mas, como visto acima, nas economias tradicionais, a moeda relacionada à dissolução de relações pessoais de dependência (liberdade) não aparecia como meio essencialmente estruturante de contratos.

Nesse sentido, a AJPE considera que as economias “tradicionais” organizam-se a partir de ditames da tradição imemorial. Nas sociedades tradicionais, a convergência de interesses, da qual resulta a cooperação social para fins de

25 A caracterização da economia como formada com base em agregados ou redes contratuais foi adotada inicialmente em Castro (2007). Ver também Kataoka (2008, p. 46), para quem é clara a “insuficiência da teoria contratual tradicional na rede de contratos”. Em seu estudo, Kataoka (2008, p. 46) sublinha aspectos importantes das interconexões contratuais e, genericamente, observa: “Se anteriormente o comum era uma pessoa celebrando com outra um contrato [sendo que esta era a representação liberal clássica do contrato], agora, a complexidade das relações é patente, havendo um intrincado jogo de contratos recíprocos [...]”.

26 Ver Castro (2007). Na visão explorada aqui, os preços e também os tributos e outras prestações pecuniárias integram o conteúdo da “cláusula monetária” dos contratos. Ver Castro (2007). Daí a importância de se incluir a “política tributária” como campo a ser abrangido pela AJPE por meio da análise contratual.

organizar a produção, a troca e o consumo, advém do compartilhamento da cultura e das crenças tradicionais que esta abriga.²⁷ O que será produzido, trocado, consumido; como (por meio de que técnica) cada bem material será produzido; em que ocasiões e por quem serão produzidos, trocados e consumidos; a quantidade de bens que será produzida, trocada, consumida etc. – todas essas determinações são, em princípio, derivadas das crenças tradicionais e de sua evolução.

Nesses casos, ainda que haja contratos, não há livre negociação de seu conteúdo, de um modo geral, já que as “cláusulas” principais são dadas impositivamente pela tradição. E, na medida em que o governante local erode o alcance da tradição e a substitui por sua vontade e seus desígnios, a economia passa a estar sujeita às “políticas” do príncipe. O absolutismo e o mercantilismo avançaram nessa direção.

Em contraste com isso, na moderna “sociedade de mercado”, o papel da tradição, para fins de organizar a produção, a troca e o consumo, é posto em segundo plano e tende a desaparecer. Por outro lado, a ascendência do liberalismo econômico, na Europa inicialmente, acabou limitando, em muitos casos, a incidência das preferências do príncipe sobre os modos de organizar a economia.²⁸

A face jurídica disso corresponde à imagem de que a economia torna-se mais puramente “contratual”, sem cláusulas inegociáveis, impostas pela tradição ou por fato do príncipe.²⁹ As limitações à liberdade de contratar – tais como os conteúdos obrigatórios (salário mínimo, proibição de trabalho infantil, jornada de trabalho de tantas horas etc.) que transformaram o contrato de “prestação de serviço” em “contrato de trabalho” – aparecem a partir do final do século XIX, sendo oriundas, porém, não mais de crenças tradicionais ou de puros desígnios do governante, e sim do jogo político democrático, em que grupos de interesse procuram estrategicamente proteger-se uns dos outros.

27 Os ditames da tradição correspondem a crenças que a sociologia relacionou ao que Durkheim (2007, P. 35-78 chamou de “solidariedade mecânica ou por similitudes”.

28 Conforme demonstra Chang (2002), embora possa ser reconhecido que interesses privados tenham se mobilizado contra a adoção de políticas estatais ativistas em um limitado período após as guerras napoleônicas, as políticas industriais, comerciais e de tecnologia, promovidas por governos, estiveram presentes no processo de desenvolvimento desde o século XIV na Europa.

29 Esse momento corresponde, no plano jurídico, à consagração ideológica da doutrina jurídica liberal clássica do contrato e posteriormente da “teoria geral das obrigações”, calcadas na ideia de que a vida social passaria a estar organizada por meio de transações discretas (contratos) entre partes virtualmente iguais, com igual poder de barganha, sendo a vontade transacional perfeitamente passível de ser tornada completamente inteligível e registrada em documentos jurídicos. Para uma discussão da evolução da moderna doutrina jurídica do contrato, a partir do momento liberal clássico, ver Smith e King (2007).

Portanto, a AJPE adere ao entendimento de que a economia de mercado, sendo formada de agregados contratuais em princípio livremente pactuados, mas sujeita ao jogo político democrático, incorpora, por meio dos processos legislativo, administrativo e judicial, conteúdos de “interesse público”³⁰ aos contratos que organizam a produção, a troca e o fornecimento de bens e serviços destinados ao consumo final. Tais conteúdos são inseridos em contratos privados (entre particulares) e em contratos celebrados entre particulares e o Estado.³¹

Vale assinalar, também, que, na visão da AJPE, o elemento a conferir o caráter “público” aos interesses inseridos em contratos, é o fato de que as regras **procedimentais** para a “negociação” da inserção têm, em si mesmas, um caráter público: são tipicamente as regras dos processos eleitoral/legislativo, judicial e administrativo, que resultam em leis, acórdãos, portarias etc. Em todos esses casos, a publicidade ampla é requisito essencial. Já nos contratos com conteúdos negociados por meio de regras de procedimento privadamente estabelecidas pelas partes – respeitado o arcabouço mínimo das regras procedimentais referentes à “formação do contrato”, no Direito Civil e na *common law*, sobre as quais não pesa a exigência de ampla publicidade a ser dada às atividades de determinação de conteúdos –, não haverá, em tese, interesse público específico presente no ajuste contratual.

Um exemplo de incorporação de conteúdos de interesse público no caso de contratos privados é o das obrigações do locador e do locatário, constantes da atual lei do inquilinato (BRASIL, 1991). As obrigações dos locadores incluem a de pagar impostos e taxas, pagar despesas extraordinárias de condomínio etc. As do locatário abrangem permitir a vistoria do imóvel pelo locador, pagar as despesas ordinárias de condomínio e outras.³² Tais obrigações não estão sujeitas a negociações privadas entre as partes individualmente consideradas.

30 Conforme apontou Calixto Salomão Filho (2001, p. 17), “[a] definição de interesse público é multifacetada, ora política, ora econômica, não permitindo que a mesma seja colocada em termos consensuais”. De fato, a noção de “interesse público” não deve ser vista como possuindo um significado concreto fixo, considerando-se que a democracia contemporânea, seguindo a visão legada por Schumpeter (1974, p. 250-283), é essencialmente um conjunto de procedimentos de representação de interesses, não um meio de se alcançar um consenso sobre o “bem comum” racional e discursivamente descritível. Certamente, nessa perspectiva, o que pode ser considerado “de interesse público” ou “no interesse público” varia de acordo com o contexto, o momento, etc. Para Schumpeter (1974, p. 270), *volições grupais (group-wise volitions)* podem até mesmo ficar “latentes por décadas, até que sejam despertadas (*called to life*) por algum líder político que as transforma em fatores políticos”. A esse respeito, a AJPE propõe que a construção do significado de “interesse público”, no campo do direito, passe a gravitar em torno de esforços empreendidos no sentido de tornar efetivos os direitos fundamentais e os direitos humanos.

31 No caso de “contratos” entre Estados (tratados), o interesse de “públicos eleitores” adquire a forma de “conteúdos estratégicos”, muitas vezes correspondentes a “pactos sociais”. Sobre os “pactos sociais”, ver adiante.

32 Ver art. 22 e 23 da Lei nº 8.245, de 1991 (BRASIL, 1991).

Sua modificação requereria que interessados percorressem as vias do processo legislativo, de caráter público. Em um outro exemplo, a obrigação de prestação de serviços públicos, com os requisitos de “regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia [...] e modicidade das tarifas” constitui conteúdo de interesse público inserido, por meio de lei, nos contratos de concessão no Brasil.³³ Tais requisitos obviamente comunicam-se também aos contratos privados de fornecimento dos serviços aos usuários.

Nos exemplos citados, foram assinaladas inclusões de cláusulas de interesse público em contratos. Porém, os conteúdos de interesse público incorporados aos contratos em determinado momento podem ser extintos num momento posterior. Um exemplo é o da “flexibilização” do mercado de trabalho, que consiste, em última análise, na supressão de cláusulas de interesse público (conhecidas como “direitos trabalhistas”) anteriormente incorporadas aos contratos de trabalho por meio de lei.

No Brasil, um dos elementos de tal flexibilização *de lege ferenda* encontra-se no Projeto de Lei nº 5.483, de 4 de outubro de 2001. Esse projeto de lei propõe que todos os conteúdos de interesse público constantes de lei, com exceção daqueles referentes à segurança e à saúde do trabalho, sejam revogados, passando a prevalecer o que for estipulado mediante convenção ou acordo coletivo.³⁴ Assim, com a reversão de uma política estabelecida há décadas, na hipótese de aprovada a reforma, o contrato (acordo coletivo) e os interesses privados que ele expressar poderão sobrepor-se aos conteúdos determinados em lei, que em tese resultam do interesse público.

Casos comparáveis de extinção de conteúdos não negociáveis privadamente são também visíveis, por exemplo, em diversas reformas de setores que se tornam “regulados” por agências administrativas independentes, como a série de atos administrativos que “flexibilizaram” o setor de transporte aéreo no Brasil na década de 1990, abolindo monopólios regionais, removendo bandas tarifárias, extinguindo preferência antes concedida a “Linhas Aéreas Especiais” e assim por diante. E a liberdade de contratar que se torna ampliada mediante

33 Art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (BRASIL, 1995).

34 O PL nº 5.483/2001 propõe que o art. 618 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tenha nova redação, do seguinte teor: “As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho”. Diário da Câmara dos Deputados, 5 de outubro de 2001, p. 47.818.

reformas em um dado momento pode também voltar a ser restringida com novas inclusões de conteúdos de interesse público em contratos, como ocorreu no período de “re-regulação” do transporte aéreo no Brasil, baseada sobretudo em atos administrativos de 2003.³⁵

Outro aspecto importante do tratamento dado pela AJPE aos contratos é o fato de que permite a inclusão das políticas públicas como elemento abrangido pela análise jurídica.³⁶ Isso se torna claro ao se perceber que o interesse público nos exemplos acima é, em princípio, traduzível em normas constitutivas de políticas públicas. Assim, tomando um exemplo de contrato já mencionado, é possível considerar que algum equilíbrio de forças entre inquilinos e proprietários de imóveis residenciais, traduzível em um componente da “política de habitação”, está presente na lei do inquilinato. A obrigação das indústrias de alimentos de incluírem, nos rótulos de seus produtos, declaração sobre nutrientes como carboidratos, proteínas, gorduras totais, gorduras trans, sódio e valor energético, é um conteúdo de interesse público inserido nos contratos de venda de alimentos no Brasil. Porém, tal conteúdo de interesse público constitui, ao mesmo tempo, um componente da “política de saúde pública” em vigor no país.³⁷

O que se pode perceber é que a inclusão de cláusulas de interesse público em contratos (públicos ou privados) se faz de maneira a tornar mais difícil a delimitação de abrangência do que é, nas diversas situações, “direito subjetivo” de indivíduos e grupos diante do que é “política pública” (ou política econômica). Não há critérios definitivos para a separação cabal entre o que o jurista, de seu ângulo, vê como “direito” e o administrador caracteriza, desde seu ponto de vista, ao menos em parte como sendo o campo de uma ou mais políticas públicas. Assim, existem esferas de fenômenos concebidos simultaneamente como “direito à saúde” (caracterização jurídica) e “política de saúde” (caracterização político-administrativa); “direito à educação” e “política de educação”; “direito à moradia” e “política habitacional”; etc.

35 Para uma descrição das reformas do setor de transporte aéreo no Brasil, ver Oliveira (2009). Outras descrições e discussões de reformas de outros setores (energia elétrica, saneamento, transporte terrestre, telecomunicações, saúde pública) constam do volume de estudos reunidos em Schapiro (org.) (2009).

36 A inclusão de políticas públicas no horizonte da análise jurídica é um desiderato aos olhos de administrativistas, como Bucci (2002). E converge com a preocupação de cientistas políticos que estudam a interação de tribunais judiciais com os processos de formação e implementação de políticas públicas. Ver, por exemplo, Taylor (2007).

37 A obrigação de declarar nutrientes no rótulo de produtos alimentícios decorre da Resolução RDC nº 360, de 23 de dezembro de 2003, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Sob essa perspectiva, é possível entender que, dependendo do conteúdo de uma dada política, ela pode promover ou limitar a fruição de um direito. Acresce, ainda, o fato de que vários indivíduos, grupos e organizações do mundo dos negócios, ou ligados a ele, caracterizam como “riscos” o que juristas descreveriam como “direito”.³⁸ E, é óbvio, a visão do “risco”, corrente no mundo dos negócios, conecta-se com práticas de “gerenciamento de riscos” nas instituições financeiras, que, por sua vez, têm se tornado objeto de coordenação internacional da regulação bancária, sob a forma de *soft law*: os acordos chamados Basileia I e Basileia II.³⁹

Tratar como “risco” o que muitos entendem ser “direitos” por si só parece estranho, mas pode ter consequências jurídicas importantes. Assim, as decisões sobre a metodologia de avaliação de riscos do acordo Basileia II, por exemplo, podem se traduzir em limitações à capacidade de fruição de direitos – nesse caso, em decorrência de restrições na oferta de crédito.⁴⁰ De qualquer modo, o que parece claro é que a produção de políticas públicas por ação do Estado em tese necessitaria ser compatibilizada com a efetividade dos direitos fundamentais.

No caso dos contratos formados entre os particulares e o Estado, a AJPE distingue, ainda, os de caráter formal, que são “contratos administrativos”, e os “pactos sociais”, que os juristas, para fins de análise jurídica na perspectiva aqui explicitada, devem considerar como constitutivos de expectativas relevantes para a formação do que os membros da sociedade livremente valorizam como “bem”, “justiça”, “direito”.

Nesse sentido, os contratos administrativos clássicos, tais como o contrato de obras, de concessão, de compra, descritos abundantemente na doutrina, são contratos formais. De outra parte, os “pactos sociais”, que resultam do “jogo democrático”, correspondem a liames formados entre os cidadãos e os governos, que estruturam expectativas referentes à entrega de prestações constitutivas de políticas públicas, frequentemente sob a forma da regulação dos contratos. Tais expectativas integram noções de “bem”, “justiça” e “direito”, que são livremente

38 Ver, por exemplo, Baab e Jungk (2009), que tratam de avaliação de observância dos direitos humanos, por empresas, como uma ferramenta administrativa para a “gerência de riscos”. Ver também International Business Leaders Forum e International Finance Corporation (2007).

39 Para uma descrição, ver Carvalho (2005).

40 Freitas e Prates (2005, p. 164) argumentam que as regras do acordo Basileia II poderiam “deteriorar ainda mais as condições já precárias de acesso dos países periféricos ao mercado internacional de crédito”.

construídas, projetadas no tempo e incorporadas à **confiança** depositada no governo por indivíduos e grupos.⁴¹ Dos pactos sociais, derivam disposições para a cooperação livremente consentida.

Assim, um governo que se eleja com base em uma promessa de manter baixos os impostos passa a participar de um “pacto social” abrangente desse conteúdo. Manter baixa a carga tributária obviamente não constitui, nesse caso, uma obrigação jurídica, mas integra as expectativas de eleitores e compõe um incentivo à cooperação consentida com relação à ordem social corrente. Um outro governo, que seja eleito por ter feito promessas de reformar o sistema de saúde pública, estabelece um pacto social com os cidadãos, que se decepcionarão se a promessa não for cumprida antes do final mandato.

A percepção a respeito dos pactos sociais é importante para fins de análise jurídica da política econômica, pois a consideração deles permite vislumbrar que a fruição de direitos privados (por exemplo, a propriedade predial urbana) inclui o recebimento de prestações estatais (por exemplo, o planejamento urbano) por parte do titular.⁴² Tais prestações são vistas como derivadas de “pactos sociais”, não de contratos formais. Os pactos sociais são considerados, nesse sentido, como variantes de contratos, ou balizamentos políticos deles, e assim integram as redes ou agregados contratuais que organizam a economia.

Vale observar que, no caso de governos deficitários, a formação de políticas públicas, e assim a regulação pública dos contratos, comumente recebe influência de cálculos estratégicos dos governantes sobre as movimentações financeiras de credores da dívida pública. Por outro lado, a escassez do crédito – ou o equivalente, que é o crédito a juros altos – e de fontes de capitalização para o setor privado pode também conduzir a que os governos permaneçam “sensíveis” a movimentações financeiras de investidores no processo de formação de políticas públicas por meio da regulação de contratos.⁴³ Resta saber se a sensibilidade de governos a estratégias privadas de investimento e desinvestimento produz

41 A noção de “pacto social” adapta concepções clássicas de “contrato social” e a doutrina **fiduciária** de organização política formulada por John Locke. Para Locke (1980, p. 77-78), “sendo o legislativo tão-somente um poder fiduciário [...] ainda permanece no povo o poder supremo de remover ou alterar o legislativo, quando achar que o legislativo agiu em contrário à confiança nele depositada.”

42 Conforme ressaltado em Castro (2007, p. 118-121), as prestações correlatas ao direito de propriedade (no caso foi considerada a propriedade residencial) são múltiplas.

43 Tais movimentações financeiras tendem a aparecer como “volatilidade” de índices financeiros, por exemplo, em períodos eleitorais em países emergentes. Ver, por exemplo, Martínez e Santiso (2003).

sempre resultados justos. Tornar o governo apenas um instrumento funcional de grupos de interesses restritos (investidores) não traz em si mesmo a garantia de que a dinâmica operativa da economia será justa, vale dizer, compatível com a fruição de direitos fundamentais por todos os cidadãos.

Tribunais judiciais que eventualmente resistam a aceitar reformas de políticas públicas demandadas por investidores para reforçar a probabilidade de que aufram elevados lucros podem se tornar um elemento incômodo para um governo desejoso de dinamizar a economia adotando políticas favoráveis a interesses desses investidores. E uma solução para esse problema pode ser a “reforma” do próprio sistema de tribunais.⁴⁴

Contudo, os tribunais e as autoridades públicas em geral podem ter dificuldades de fazer prevalecer o interesse público – que abrange, em termos jurídicos, o interesse na promoção da fruição de direitos fundamentais por todos – se a produção legislativa e a orientação dos próprios tribunais simplesmente elidirem paulatinamente muitos dos contratos administrativos (mediante as chamadas privatizações) e as cláusulas de interesse público dos contratos privados. As privatizações de serviços públicos entregam à iniciativa privada a administração dos investimentos, submetendo-os a uma disciplina jurídica que afasta a incidência dos poderes da administração pública, a não ser sob a forma das cláusulas chamadas “exorbitantes”, dos contratos administrativos, tipicamente na concessão. A alternativa da regulação por meio de agências independentes parece tender a criar dificuldades à sistematização jurídica.⁴⁵

Por outro lado, é natural que a criatividade contratual – especialmente sob a forma de contratos atípicos ou inominados⁴⁶ –, por seu ritmo e grau de especialização, seja crescentemente posta à margem do escrutínio por parte de autoridades públicas e deva aumentar para impulsionar o crescimento da economia. Além disso, os conteúdos de “pactos sociais” formativos de políticas públicas, na medida em que integram parcelas de soberania, têm sido crescentemente objeto de negociações múltiplas entre Estados – e por essa via

44 Uma análise sobre o surgimento da agenda de reforma do Poder Judiciário no Brasil, nos anos 1990, indicando se tratar de uma “solução” desse tipo, é oferecida por Ballard (2003).

45 Nesse sentido, Aragão (2006, p. 36), anota: “A regulação estatal da economia é, dada a grande multiplicidade de meios e instrumentos utilizados, uma atividade de difícil sistematização”.

46 Kataoka (2008, p. 54), a esse respeito, observa: “A atipicidade contratual – *rectius* a possibilidade de realizar negócios não previstos em lei – protege o interesse fundamental da livre iniciativa econômica. A criatividade dos agentes gera novos bens passíveis de serem objeto de contratação”.

inclusive as redes ou agregados contratuais alcançam as relações internacionais –, com consequências desconhecidas para a promoção da justiça econômica.⁴⁷ De qualquer modo, para que o crescimento da economia seja justo, isto é, calcado na fruição efetiva de direitos fundamentais por todos os cidadãos, é indispensável que ocorra em alguma medida a regulação pública de contratos. Por isso, um elemento imprescindível da AJPE é a análise contratual que focalize agregados contratuais.

5 Procedimentos analíticos

O que foi dito acima define um contexto de ideias e fatos que se torna a base para a descrição dos procedimentos adotados pela AJPE no tratamento de questões jurídicas correlacionadas às políticas públicas e às políticas econômicas. Ao tratar de tais questões, a AJPE procede de modo a pesquisar se determinada política pública ou política econômica, inclusive seus elementos presentes nas redes ou agregados contratuais, atende a requisitos de “concretização” ou “efetividade” de direitos fundamentais e direitos humanos.⁴⁸ Na perspectiva da AJPE, uma economia pode ser “eficiente” (no sentido de que a coordenação de interesses subjacente ao seu funcionamento resulta em um grau comparativamente elevado de crescimento do PIB), mas ao mesmo tempo injusta, por contrariar diversos interesses ideais, relacionados a significados morais, culturais, religiosos, de indivíduos e grupos, minando a disposição para a cooperação livremente consentida. É sabido que valores não representados na medida de PIB *per capita* podem ser capturados por métodos alternativos de mensuração de riqueza (GADREY; JANY-CATRICE, 2007). Contudo, nem as análises econômicas usuais, nem as abordagens jurídicas já mencionadas, conectam de maneira útil

47 A visão da soberania como “pacote” de direitos (*bundle of rights*) desagregáveis e separadamente negociáveis no plano internacional é explorada em Cooley e Spruyt (2009). Sobre o tema correlato da “fragmentação” do direito internacional, ver Hafner (2004, p. 850), que sublinha: “Atualmente, não existe sistema homogêneo de direito internacional. O direito internacional consiste em blocos e elementos erráticos; diferentes sistemas parciais; e subsistemas e subsistemas universais, regionais o mesmo bilaterais de diferentes níveis de integração jurídica. Todas essas partes criam o que pode ser paradoxalmente chamado de um ‘sistema desorganizado’, repleto de tensões intrassistemáticas, contradições e fricções”.

48 Vale ressaltar, quanto a esse ponto, que as discussões sobre a chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (eficácia entre particulares), pertencente à abordagem jurídica **formal**, bem como seu desdobramento nas doutrinas que procuram construir dogmaticamente, a partir do Direito Constitucional alemão, critérios formais para o “controle do conteúdo dos contratos”, permanecem marcados por limitações do formalismo jurídico, já ressaltadas acima. Para um resumo das elaborações nesse campo e algumas referências jurisprudenciais, ver Duque (2007).

os dois lados do desafio de propulsionar o crescimento econômico com “justiça”, caracterizada como efetiva fruição de direitos fundamentais e direitos humanos por todos os indivíduos ou grupos, realizando assim a justiça econômica.

A AJPE procede por meio das seguintes etapas de análise. Primeiramente, identifica uma política pública, ou um componente dela, ou ainda uma proposta de reforma de política, que suscite controvérsias entre interessados (governos, grupos de interesses, cidadãos). Tais controvérsias podem sem dificuldades ser traduzidas em termos jurídicos, portanto de maneira a suscitar demandas pela determinação do conteúdo de direitos.

Assim, em segundo lugar, o jurista que adote a perspectiva da AJPE deve considerar qual é ou quais são os direitos subjetivos – isto é, direitos fundamentais previstos nas constituições ou direitos humanos proclamados em constituições e tratados internacionais – possivelmente atingidos pela controvérsia. Para efeito de simplificação, será considerada, na sequência, a análise que identifique apenas **um** direito envolvido em controvérsia.

Especificadas a política ou reforma de política e apontado o direito envolvido, o jurista passa então – com base na consideração de que as políticas públicas adquirem as formas de conteúdos de interesse público inseridos em contratos organizados em redes ou agregados contratuais – a analisar os componentes prestacionais decorrentes dos contratos, privados ou públicos, e “pactos sociais”. O entendimento aí é que tais componentes prestacionais em conjunto dão conteúdo ao fato empírico da **fruição** do direito em questão. O trabalho de identificação dos componentes prestacionais correspondentes à **fruição empírica** do direito tem o nome de “decomposição analítica de direitos”.

Como já ressaltado em Castro (2007), a análise (decomposição analítica) do direito de propriedade residencial conduz à identificação de vários tipos de prestação (padrões de conduta) envolvidos na produção da **experiência de fruição empírica** do direito em questão. Nesse caso (direito de propriedade residencial, ou direito de moradia), podem-se considerar prestações tais como as dos serviços de segurança pública, fornecimento de energia elétrica, fornecimento de água tratada, rede de saneamento, defesa civil e assim por diante.

Um passo seguinte a ser dado na análise jurídica da política econômica é o da “quantificação” dos elementos de fruição empírica identificados na decomposição analítica de direitos. Esse procedimento (quantificação) pode optar por

utilizar dados e informações já produzidos por autoridades ou especialistas, ou pode produzir dados e informações novos.⁴⁹ Há, evidentemente, também a possibilidade de utilização de dados já prontos, mas de maneira combinada com dados produzidos pelo próprio jurista pesquisador. De qualquer modo, o objetivo da quantificação é produzir índices quantitativos que possam dar precisão à caracterização da experiência empírica da fruição.

Assim, por exemplo, ao proceder à quantificação do componente prestacional “segurança pública”, no caso da fruição do direito à moradia em determinada área urbana, o jurista pode elaborar dados, ou reunir dados produzidos por pesquisadores, sobre fatos como: *i*) número de delegacias (que recebe a notação *D*); *ii*) efetivo policial (notação *E*); *iii*) quantidade de computadores e equipamentos de informática, (notação *I*); *iv*) remuneração média de policiais em termos de salários mínimos (notação *R*); *v*) número de viaturas (notação *V*) etc. A organização dos dados deve ser feita em seguida, para que se produza um “indicador de segurança pública” (notação *S*) relativo ao número de casas ou residências pesquisadas (notação *C*). Tal indicador poderia ter a forma simples

$$S = \frac{D + E + I + R + V}{C}$$

ou formas mais complexas, com ponderações e outros recursos de organização formal dos dados. Esse “indicador de segurança pública” *S*, como dito anteriormente, será apenas um dos componentes dos referenciais de **caracterização quantitativa da fruição empírica** do direito de propriedade residencial por parte de populações empiricamente pesquisadas.

O “indicador de segurança pública” *S* deve, portanto, ser combinado com outros indicadores, referentes a outros componentes prestacionais da fruição do mesmo direito. Um deles seria, digamos, o fornecimento de água tratada.

49 A quantificação de direitos na AJPE segue uma tendência de construção de indicadores e índices no campo das análises sobre meio ambiente (ver Siche *et al.*, [2007]), sobre condições econômicas e sobre a efetividade de direitos humanos. A construção desses referenciais aplicáveis ao direito tem sido desenvolvida por diversos grupos e instituições no mundo. Entre elas, para fins de medidas de desenvolvimento e de efetividade de direitos humanos correlatos, destaca-se o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e seus relatórios sobre desenvolvimento humano (RDH), publicados a partir de 1990. O capítulo 5 do RDH de 2000 contém uma discussão de metodologia para medir a efetividade de direitos humanos em conexão com o desenvolvimento. Ver United Nations Program for Development – UNDP (2000, p. 89-107). Há, também, metodologias de mensuração do impacto de investimentos sobre a efetividade de direitos humanos (*human rights impact assessment*). Ver, por exemplo, o relatório de John Ruggie elaborado para o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e referências nele indicadas: *United Nations Organization* (2007). Para uma proposta brasileira de metodologia de quantificação de direitos humanos, ver Jannuzzi e Arruda (2004).

Haveria necessidade de utilização ou produção de dados sobre o fornecimento empírico da água no local de residência de um indivíduo ou de uma dada população. Tais dados podem se referir a fatos como: *i*) número de interrupções no fornecimento por período temporal (mês, bimestre, ano etc.) (notação *I*); *ii*) grau de pureza da água fornecida (notação *P*) ao longo do período; *iii*) volume médio de água fornecido por período para cada residência (notação *V*) etc. De modo que, para esse componente prestacional do direito de propriedade residencial (fornecimento de água tratada, de notação *A*, para o número de casas ou residências pesquisadas, com notação *C*), teríamos, por exemplo, um indicador expresso mediante a simples fórmula:

$$A = \frac{I + P + V}{C}$$

A reunião de todos os indicadores, correspondentes a todos os componentes prestacionais, que por sua vez referem-se a conteúdos de contratos privados ou públicos ou pactos sociais (segurança, energia, água, saneamento etc.) produz um referencial de ordem mais geral, que pode servir para expressar quantitativamente, no exemplo ora considerado, a fruição empírica do direito de propriedade residencial de uma determinada população. Este será o “índice de fruição empírica” (IFE) do direito em questão, para um determinado número de residências ou locais de moradia pesquisado.

Esse índice pode, exemplificativamente, ter a fórmula seguinte:

$$M = \frac{3S + 2A + X + Y + Z}{8}$$

em que *M* é a notação para “direito à moradia”, *3S* é o indicador de “segurança pública”, com peso três, *2A* é o indicador de fornecimento de água tratada, com peso dois, e *X*, *Y* e *Z* são outros indicadores (tais como fornecimento de energia, saneamento, defesa civil etc.).

Sendo a pesquisa feita em mais de uma região da cidade, por exemplo em um bairro rico e em um pobre, serão provavelmente obtidos resultados bem contrastantes em relação à fruição empírica do direito. É notório que, em muitas cidades, o serviço de segurança pública, por exemplo, tem características muito diferentes em bairros de classes diferenciadas. É provável que em bairros pobres,

proporcionalmente à população, haja menos policiais, menos viaturas, menos equipamentos nas delegacias e menos prontidão da polícia do que em bairros ricos. Igualmente, não é incomum que nos bairros pobres das periferias o fornecimento de água tratada seja limitado ou inexistente. Em tais casos, não haveria como sustentar que a efetividade do direito de moradia existe igualmente em relação a ambas as populações. Um conjunto de critérios para ao menos diminuir a diferença entre as duas situações empíricas pareceria recomendável como medida de justiça.

Isso já contém uma indicação que conduz à fase seguinte da análise jurídica da política econômica. Ela consiste na identificação ou construção de um “padrão” ou *benchmark* utilizado para caracterizar o que corresponderia, em termos quantitativos, à efetividade empírica **juridicamente validada** do direito considerado. O padrão, ou *benchmark*, a seguir denominado de “padrão de validação jurídica” (PVJ), referente a elementos empíricos de efetividade valorados como “justos”, em relação a determinado contexto empírico, é uma medida tomada para fins comparativos e analíticos e pode ser obtido por diversos meios:

- a) Em casos da adoção de reforma de uma política pelo governo, o PVJ pode ser obtido mediante a comparação de exercícios de quantificação relativos a momentos distintos (T_1 e T_2) de implementação de uma mesma política (antes e depois da reforma) podendo haver, nesses casos, o exercício de projeção antecipada, realizada antes da implementação da reforma.⁵⁰
- b) Sendo a pesquisa feita em relação a populações separadas por agrupamentos (classe, bairros, cidades, países, nacionalidades, faixa etária, raça, sexo, profissão etc.), a comparação entre a fruição do direito, quanto aos aspectos oriundos da decomposição analítica, em dois ou mais grupos pode gerar um PVJ, ainda que esse padrão seja uma simples média, a ser prudencialmente considerada.⁵¹

50 Aqui, a determinação do PVJ pode resultar da constatação de que a reforma (no caso do direito à moradia) no momento T_2 resultou, por exemplo, em mais, ou menos, acesso à água com grau de pureza estipulado, energia elétrica, etc., em comparação com a fruição correspondente a essas prestações no momento T_1 . Sendo menor a fruição de diversos itens, o PVJ poderá corresponder ao índice relativo a T_1 . Esse exercício diacrônico não dispensa o recurso aos procedimentos sincrônicos de elaboração de PVJ indicados a seguir.

51 Nesse caso, a determinação do PVJ poderia ser obtido, por exemplo, pela média

$$PVJ = \frac{M_r + M_p}{2}$$

em que M_p e M_r designam IFEs do “direito à moradia” em dois bairros (rico e pobre) da cidade.

- c) Podem ser adotadas as recomendações ou metas contidas em lei ou regulamentos normativos de autoridades governamentais,⁵² ou estipuladas por organizações internacionais, tais como a Organização Mundial de Saúde (OMS), a Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), a Organização Internacional do Trabalho (OIT) etc., caso em que tais recomendações ou metas institucionalmente defendidas por entidades do sistema multilateral poderiam ser consideradas como PVJs.⁵³

Estando o pesquisador interessado em determinar como era a situação de efetividade de um direito antes da existência de uma política pública correlata, pode ele também fazer as projeções para obter respostas. Por outro lado, podem pesar sobre a formação do PVJ critérios de relevância religiosa, cultural ou estética. Assim, as características de fruição consideradas “padrão de validação jurídica” em uma cultura podem ser diferentes em outra. O PVJ relativo ao “direito à alimentação” em uma sociedade ou população regional pode corresponder a uma dieta diária distinta daquela representada no PVJ de outras sociedades ou populações regionais. Diversos PVJs referentes a certos direitos trabalhistas poderiam incluir variantes culturais que respeitassem diferentes crenças religiosas, como várias formas de recessos para orações religiosas.

Os exemplos de decomposição analítica de direitos e de quantificação podem, evidentemente, ser multiplicados para diversas áreas de política, correlacionáveis à fruição de direitos fundamentais e direitos humanos. Assim, abrem-se potenciais frentes de pesquisa referentes à efetividade empírica de virtualmente todos os direitos fundamentais e direitos humanos, inclusive o direito à saúde, o direito à moradia, o direito à alimentação, direito à água, direito à educação, direitos trabalhistas e assim por diante.

A etapa final da pesquisa desenvolvida sob a perspectiva da AJPE corresponde à **recomendação de reforma** da política pública correlata à fruição de um direito fundamental cuja efetividade tenha sido verificada como insuficiente ou

52 No Brasil, exemplos são algumas das metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação (PNE), aprovado pela Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001. Um exemplo específico: uma das metas estabelecidas no PNE é: “Assegurar que, em três anos, todas as escolas tenham formulado seus projetos pedagógicos, com observância das Diretrizes Curriculares para o ensino fundamental e dos Parâmetros Curriculares Nacionais”. A existência do projeto pedagógico, ou medidas de etapas de sua elaboração, podem se tornar variáveis para fins de quantificação do direito à educação.

53 Os índices produzidos por essas entidades podem ser adaptados, como também criticados, tendo em vista especificidades de contextos em que a fruição é pesquisada.

inexistente. A suplementação orçamentária para atender a condições de fruição empírica do direito à educação ou de outros direitos fundamentais seria um exemplo. E, a partir daí, deve o jurista estar preparado para recomendar reformas “de baixo para cima”, que deem primazia à segurança da fruição do direito fundamental objeto da pesquisa. Nesse sentido, dado que muitos segmentos dos agregados ou redes contratuais e práticas de negociações internacionais de parcelas de soberania formam-se independentemente de fronteiras territoriais, a sequência de reformas recomendadas pode progredir até recomendações de reformas nas políticas objeto de cooperação internacional.

Um exemplo: se a suplementação orçamentária de uma prefeitura destinada a tornar efetivo o direito à alimentação de populações que experimentem fome e mortalidade infantil for contraditória com alguma lei estadual ou federal, deve-se recomendar a reforma da lei, e não a permanência da ausência de efetividade do direito fundamental. E, se a reforma da lei for contraditória com algum aspecto da Constituição, esse aspecto deve ser reinterpretado ou reformado, para evitar a situação de fome e mortalidade infantil no município. Ainda, se todas estas reformas forem contrárias a normativas vigentes em órgãos internacionais como a OMC ou o FMI, são essas normativas que devem ser reformadas, por meios diplomáticos, imediatamente se possível, ou dentro de um plano de ação diplomática que se torne explicitamente conteúdo de um “pacto social” com os cidadãos que elegem a superação da situação de fome e mortalidade infantil como integrante de sua visão de “ordem justa”. A AJPE pressupõe que as instituições e políticas devem servir a ordens compatíveis com a equânime fruição dos direitos humanos e fundamentais e que os indivíduos e grupos não devem ser escravizados a instituições cuja estrutura oponha obstáculos a tal fruição. Sendo plenamente convencionais, são as instituições (políticas públicas, políticas econômicas, mecanismos de cooperação internacional) que devem ser mudadas para se adaptarem ao exercício da fruição de direitos humanos e fundamentais, não o inverso.

A fim de recapitular as etapas do trabalho de análise jurídica da política econômica, elas estão indicadas a seguir:

- a) Identificação de política pública ou econômica (ou componente de política pública ou econômica) sujeita a controvérsias.
- b) Especificação de direito fundamental correlato.
- c) Decomposição analítica do(s) direito(s).

- d) Quantificação de direitos analiticamente decompostos.
- e) Elaboração de índice de fruição empírica (IFE).
- f) Escolha ou elaboração de “padrão de validação jurídica” (PVJ).
- g) Avaliação de resultados em termos de verificação da efetividade ou falhas ou ausência de efetividade.
- h) Na hipótese de falha ou ausência de efetividade, elaboração de recomendação de reformas.

O trabalho analítico da AJPE pode, como já sugerido, focalizar diversas áreas da vida social. Características de um dado sistema de transporte público ou de práticas de administração e manutenção de estradas de rodagem podem ser identificadas como obstáculos à fruição do “direito de ir e vir”; uma política reajuste de preços de planos privados de seguro de saúde ou a manutenção de direitos de patente sobre um remédio podem ser avaliadas como prejudiciais à fruição do “direito à saúde”; uma política de regulação da telefonia móvel ou de características técnicas da oferta de acesso à rede mundial de computadores podem ser descritas como impeditivas da fruição do “direito à informação”, e assim por diante. Por outro lado, temas mais afeitos a discussões sob as categorias da política macroeconômica, como debates sobre as características e possibilidades de reforma do “ajuste fiscal” no Brasil, abrem-se analiticamente para a discussão objetivamente também entre juristas.⁵⁴

Ao adotar os procedimentos analíticos descritos acima, a AJPE não pretende identificar prontamente soluções milagrosas para problemas complexos – tais como déficits habitacionais, dificuldades em configurar políticas de proteção ambiental, conflitos entre capital e trabalho etc. –, mas ao menos abrir, no campo do direito, caminhos mais realistas para deliberações sobre reformas de políticas públicas e econômicas capazes de tirar proveito de formulações e estratégias intelectuais que se abrem para o debate interdisciplinar e evitam idealizações inócuas do ponto de vista de sua utilidade analítica na consideração da realidade empírica.

Nesse sentido, é possível perceber que, ao focalizar a fruição enquanto experiência empírica, a AJPE rejeita noções “metafísicas” de direitos e também as caracterizações de direitos subjetivos como “formas abstratas”, fixas e insuperáveis – por exemplo, a noção de “instituto jurídico”. Rejeita, também, a pretensão ontológica implícita

⁵⁴ Ver análise da política brasileira de ajuste fiscal com “desajuste social” em Pochmann (2009, p. 120-126).

em argumentos que se apoiam sobre conceitos como “natureza jurídica” de noções correntes no discurso jurídico. Ao contrário, a AJPE adere a uma concepção de direito presa à **fruição empírica**, e por isso empiricamente variável na sociedade, tanto entre indivíduos, situados em relação a uma coletividade, como também entre diferentes coletividades. Essa variação empírica pode ser avaliada com base na referência a “padrões de validação jurídica” (PVJs), que remetem diretamente a contextos concretos e necessitam ser tão continuamente atualizados quanto as políticas públicas necessitam ser reformadas, dadas as novas invenções, mudanças institucionais, realizações tecnológicas e oscilações nas percepções de pessoas sobre a ordem social desejável. E, uma vez estabelecidos o contexto e as medidas empíricas, adquirem força, em relação a tais contextos, os argumentos para que os conteúdos de PVJs sejam implementados em caráter absoluto, isto é, evitando exercícios abstratos, imprecisos e genéricos de “ponderação de valores”. A falta de implementação desses conteúdos constituiria uma situação objetivamente identificável de injustiça.

Havendo uma mudança no ensino jurídico capaz de operar modificações na cultura jurídica, incorporando a interdisciplinaridade ao cotidiano das profissões jurídicas, seria possível vislumbrar a atuação de operadores do direito em diversos fóruns (locais, nacionais ou internacionais), comissões e assessorias, interdisciplinares e de caráter técnico, com habilidade para buscar o refinamento de seus critérios diante de diferentes contextos, de modo a assegurar, como primordial objetivo, e sem conflitos insuperáveis com visões da sociedade oferecidas por economistas e especialistas treinados em outras disciplinas, a equânime fruição de direitos fundamentais e direitos humanos nas diversas sociedades.⁵⁵

A participação em inúmeros fóruns de negociação de parâmetros e critérios, para fins de decidir sobre delimitações de agregados contratuais, interconexões com regimes internacionais, identificação de preferências sociais, escolhas de desenhos de pesquisas necessárias à busca de resposta para questões jurídicas,

55 Essas condições de trabalho prático e analítico não são um mero exercício de imaginação, mas uma realidade presente no desenvolvimento contemporâneo do Direito Internacional, que se desdobra em múltiplos regimes especializados. Conforme descreve Koskeniemi (2007, p. 8-9), “Hoje poucos especialistas [em Direito Internacional] se concebem como parte da tradição de Lauterpacht [em busca de] um direito público orientado para o federalismo global. Ao contrário, eles podem trabalhar para instituições privadas, ou público-privadas, administrações nacionais, grupos de interesse ou corpos técnicos, desenvolvendo melhores práticas e soluções padronizadas, ‘modelização’, ‘contratualização’ e reconhecimento mútuo como parte da gerência de regimes específicos. Os vocabulários limitantes são mais cognitivos do que normativos. Eles emergem de fatos e cálculos econômicos, militares ou tecnológicos relançando problemas de política como problemas de conhecimento especializado. A regulação resultante pode também ser mais voltada para promover o poder privado (*enabling private power*) do que para limitá-lo.”

bem como para sistematizar a mensuração da fruição de direitos e a elaboração de padrões jurídicos de validação, nos mais variados contextos, daria ao trabalho jurídico uma qualidade **pragmática**, descolada de idealizações contidas em teorias sociais prontas, que podem ser atraentes, mas permanecem incapazes gerar estratégias analíticas que conectem as direções e dimensões de possíveis reformas com a necessidade de promoção da produtividade da economia.

6 Análise jurídica das políticas de produção

Finalmente, cabe salientar que, na perspectiva da AJPE, alcançar a justiça econômica importa em promover não apenas a efetividade, mas a fruição equânime dos direitos humanos e fundamentais. Equanimidade traduz *fairness* e demanda a formação de um juízo parcialmente orientado para o contexto empírico e prático, porém não escravizado às circunstâncias e ao senso comum.

Diante do que foi dito nas seções anteriores, parece claro que uma dimensão da equanimidade refere-se a ações empreendidas no sentido de tornar efetivos os direitos a bens tais como: alimentação, moradia, transporte, saúde, educação e outros comparáveis. Essa afirmação parece tanto mais incontestável quanto mais intensamente se faz presente, em uma dada sociedade, a experiência da injustiça social manifestada na pobreza, desigualdade de renda, discriminações opressoras, políticas excludentes etc.

Porém, se a equanimidade exige que todos gozem os direitos humanos e fundamentais, a atenção deve também recair sobre a fruição dos direitos classicamente chamados “individuais”, sobre cujo caráter fundamental há um relativo consenso formado há alguns séculos no Ocidente. De fato, como se sabe, nas sociedades ocidentais, os direitos sociais foram acrescidos aos individuais, não os substituíram.

Nesse sentido, para que seja possível ao jurista trabalhar em prol da fruição equânime de direitos fundamentais e ao mesmo tempo fixar a sua importância econômica, a AJPE considera importante distinguir, dentre os direitos fundamentais e os direitos humanos, os que, de um lado, do ponto de vista da organização da economia, se relacionam mais à **produção**, e, de outro, os que estão na órbita do **consumo**. Isso permite classificar os chamados “direitos

sociais, econômicos e culturais” (DESCs) genericamente como “direitos de consumo” – não importando se forem aplicáveis ao consumo de um indivíduo ou de um grupo. Outros direitos (exemplarmente, o direito de propriedade e a liberdade de contratar) são vistos como centralmente implicados nas esferas da produção e da troca econômica. Estes, portanto, são classificados genericamente como “direitos de produção”.

Além disso, quanto ao direito de propriedade, a AJPE reconhece a necessidade de distinção entre: *i*) o direito de propriedade **civil**, sob o qual se protegem práticas de consumo; e *ii*) o direito de propriedade **comercial**, em que se focaliza a proteção do chamado “consumo produtivo”, para fins precipuamente comerciais e para obtenção de lucro.⁵⁶ Assim, a propriedade civil é tratada como um “direito de consumo”, ao passo que a propriedade comercial é descrita como um “direito de produção”.

A casa onde reside uma família, o prédio em que uma comunidade realiza seu culto religioso periodicamente, os bens móveis como eletrodomésticos e peças de mobiliário que indivíduos e famílias têm em suas residências – todos esses são exemplos de propriedade civil. Já o prédio em que funciona uma papelaria, uma fábrica, um escritório de contabilidade, assim como todos os equipamentos funcionalmente incorporados a cada um desses empreendimentos, são exemplos de propriedade comercial. E, é óbvio, a distinção entre a propriedade civil e a comercial não pode ser fixa. Um pacote de arroz na prateleira de um supermercado ou na despensa de um restaurante é propriedade comercial; porém, o mesmo pacote no armário de minha cozinha “transforma-se” em propriedade civil.

De maneira comparável, a moeda e ativos financeiros podem ser disciplinados de formas diversas em diferentes situações, tendo em vista as funções de produção ou consumo. Assim, os recursos – digamos, R\$1.000 de poupança – que um cidadão mantenha em casa debaixo de seu colchão para seu consumo corrente ou futuro, ou guarde para a mesma finalidade como depósito a vista em um banco, devem ser, em tese, disciplinados como propriedade **civil**. Os mesmos R\$1.000, uma vez emprestados pelo banco a uma empresa ou aplicados a um fundo de investimento, “transformam-se” em propriedade **comercial**, que muitas vezes adquire a forma de “valor mobiliário”.⁵⁷

56 Esta distinção está em Castro, 2007.

57 Não por acaso, em termos jurídicos, a fronteira entre o que constitui “valor mobiliário”, vinculado a práticas de investimento, e o que são outros ativos financeiros (tipicamente do mercado de moedas) não é fixa. Como esclarecem Eizirik *et al.* (2008, p. 54), no Brasil, “[c]om o advento da Lei nº 10.198/2001, passaram a ser considerados valores

Há, ainda, certos tipos de propriedade que devem ser considerados funcionalmente “híbridos”, uma vez que, em seu âmbito, as práticas de consumo produtivo são muito próximas das de consumo final, ou são, em grande parte, cultural e existencialmente confundidas com elas, constituindo o consumo próprio de um “modo de vida”. Exemplos disso seriam as diversas “indústrias caseiras” organizadas por famílias (por exemplo, a doceira que cozinha por encomenda para sua comunidade), a pequena propriedade de agricultura familiar, e mesmo certas práticas como a do artista plástico, que pinta seus quadros “trabalhando” em casa. Essas práticas são frequentemente pertencentes à economia informal, ou a “economias solidárias”. Mas, abstraindo o ideal bucólico de uma economia idílica agropastoril, e considerando processos de sofisticação cultural ou inovação tecnológica que podem ser desenvolvidos por “pequenos negócios” ou indústrias de quintal, essas propriedades podem ter o potencial de alavancar atividades plenamente comerciais da economia de mercado, transformando-se, às vezes rapidamente, em “propriedade comercial”

Essas distinções permitem considerar que a separação doutrinária usual entre “propriedade privada” e “propriedade pública” ou “propriedade do Estado” tem pouca relevância para fins da AJPE. Em ambos os casos, seria preciso considerar a **função econômica** a que o direito em questão se refere. No caso da propriedade privada, como acaba de ser visto, sob a AJPE, há necessidade de distinção entre a propriedade que serve à **função do consumo** (propriedade civil) e a que serve à **função da produção** (propriedade comercial). Assim, também, as empresas públicas e as sociedades de economia mista devem ser entendidas como pertencentes ao campo da propriedade com **função primária de produção**. Porém, há o desafio consistente em que o controle do Estado, exercido sobre esse tipo de propriedade, assim como acontece no caso de concessionárias de serviço público, deve ser de molde a tornar a **função de produção** dessas organizações compatível com a efetividade dos direitos de consumo – o que inclui os DESCs e a propriedade civil (esta última na medida em que for um meio para efetivar

mobiliários [...] quaisquer contratos de investimento oferecidos ao público investidor, que aplica os seus recursos na expectativa de obter lucro [...]”. Contudo, acrescentam que a redação da lei em questão, “teve nítida inspiração no direito americano” (EIZIRIK *et al.* 2008, p. 54). E, à luz da tradição jurídica dos Estados Unidos, “é fundamental que seja avaliada, em cada hipótese concreta, a substância ou a realidade concreta do negócio ofertado, verificando-se se foram atendidos os requisitos do *Howey test* e, ainda, outros fatores [...]” (EIZIRIK *et al.* (2008, p. 50). O *Howey test* refere-se a uma série de critérios de ordenação da ação econômica, estabelecidos por decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1946, conhecida como *SEC v. Howey & Co.* Cf. Eizirik *et al.* (2008, p. 29-50).

a fruição de direitos fundamentais e direitos humanos). A diferença doutrinária entre “direito público” e “direito privado” deve estar referida a contextos concretos e à determinação empírica da presença de interesses públicos e de interesse privados nos contratos.

De modo semelhante, perante a AJPE, perde importância a oposição entre promover a privatização de serviços públicos e manter tais serviços sob o comando direto do Estado (ou indireto, tipicamente via contrato de concessão). Para a AJPE, tanto o investimento que permanece na órbita do controle estatal quanto o investimento privado podem ter o efeito de limitar a fruição de direitos fundamentais. Como já sugerido acima, o essencial é que a organização da economia – seja por meio da propriedade privada submetida à regulação por agências independentes ou sujeita à disciplina da concessão, seja ainda por meio de investimentos administrados diretamente pelo Estado, como é usualmente o caso da polícia, coleta de impostos e outros serviços – reste configurada de modo a conciliar o crescimento econômico e a transformação da realidade com a equânime fruição de direitos fundamentais e direitos humanos.

Percebe-se assim que a economia de mercado não pode prescindir de coordenar a produção e o consumo, portanto, articulando funcionalmente num todo a fruição dos **direitos de consumo** com a dos **direitos de produção**. A ênfase na proteção aos direitos de produção pode ser exagerada e redundar no aprofundamento da injustiça social. Contudo, a proteção dada ao consumo, impulsionada por idealismos em prol da justiça social, pode também ser exagerada e coarctar ou comprometer definitivamente a capacidade de uma sociedade promover a produção competitiva. No limite, sendo suprimida propriedade comercial (essa foi a opção do socialismo real), destrói-se a economia de mercado e a dinâmica transformativa que lhe é inerente. Isso porque a propriedade comercial, na economia de mercado, é estruturalmente engastada com a moeda enquanto complexo de “instituições schumpeterianas”⁵⁸ e com o exercício da liberdade de buscar criativamente a transformação social. É possível entender isso quando se tem em vista o vínculo entre a propriedade comercial e a economia monetária.

De fato, para que a propriedade comercial seja capaz de gerar lucro continuamente, sua rentabilidade há de estar comparada à taxa de juros (a

58 Sobre a caracterização da moeda na sociedade de mercado como instituição social complexa, de caráter “schumpeteriano”, ver seção 3 *supra*.

rentabilidade de ativos financeiros). A existência prolongada de um diferencial muito grande entre a rentabilidade de ativos financeiros (o que inclui a de ativos transacionados nas bolsas de valores e outros mercados financeiros organizados) e o retorno sobre o investimento em uma fábrica de sapatos, por exemplo, tende a tornar esta última pouco competitiva, ou seja, com baixa capacidade relativa de mobilizar cooperativamente interesses. Persistindo a diferença, a fábrica, diante da competição econômica, tenderá a declinar como empreendimento comercial e a desaparecer. Outros empreendimentos e outras massas de capital ou articulações de ideias estratégicas atrairão os interesses antes configurados de maneira cooperativa sob a forma institucional da fábrica de sapatos de baixa rentabilidade.

Esse engaste estrutural da propriedade comercial com a moeda e mercados financeiros pode ser desfeito, ou grandemente limitado, por meio de uma variedade de subsídios e proteções erguidas e administradas por governos. A poupança “forçada” que se converte em recursos do tesouro do Estado pode substituir a poupança espontânea captada por instituições financeiras como fonte de capital. Isenções de tarifas de serviços de infraestrutura (água, eletricidade etc.), generosos créditos à exportação concedidos por bancos estatais, barreiras à entrada impostas por lei e outras medidas podem facilitar a vida de empresas públicas. E proteções comparáveis podem também ser dirigidas a concessionárias e até mesmo a empreendimentos do setor privado que não sejam parte de contrato formal com o Estado.

Porém, o engaste monetário é também tipicamente enfraquecido no caso da propriedade civil. De fato, usualmente, a relação institucional da propriedade civil com a moeda e mercados financeiros é muito mais limitada e indireta, pois, em relação a ela, é frequente a existência de especificidades tais como esquemas de financiamento público a juros, prazos e outras condições especiais (tipicamente, o financiamento para aquisição de “casa própria”), a instituição do “bem de família”, a transmissão não contratual da propriedade por meio de regras do direito civil das sucessões, proteções civis contra penhora em caso de execução, etc. Até mesmo a moeda obtida como renda civil (presumidamente destinada ao consumo) pode ser protegida da incidência de penhoras.⁵⁹ Além

59 Assim é que o art. 649, IV, do Código de Processo Civil dispõe que “são absolutamente impenhoráveis [...] os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

disso, a invenção da “responsabilidade limitada” que incide sobre a organização de sociedades comerciais também separa o patrimônio comercial dos sócios, dedicado à produção, daquele que é civil, destinado ao consumo, e que por isso permanece a salvo do risco inerente ao empreendimento.

Tomando como exemplo a propriedade residencial, pode-se conceber de que modo a suspensão dessas limitações e o estabelecimento de um “engaste monetário” mais efetivo entre bens “civis” e mercados financeiros pode submeter a propriedade civil a condições financeiras típicas da propriedade comercial. A configuração das práticas contratuais de financiamento imobiliário nos últimos anos nos Estados Unidos (MACCOY, 2007), juntamente com a engenharia financeira que incluía a estipulação de hipotecas inviáveis (chamadas *subprime*), a “securitização”⁶⁰ dessas hipotecas e a criação de outros instrumentos financeiros daí derivados, levaram ao conhecido colapso do mercado imobiliário naquele país, com reverberações em outros mercados.

A relativa separação institucional da propriedade civil em relação aos usos comerciais da moeda e aos mercados financeiros, apontada anteriormente, deve ser vista como uma condição integrante da necessidade de que seja protegido o consumo. Sem alguma proteção destinada ao consumo, a economia de mercado é inviável, ou é condenada a experimentar crises de superprodução. As práticas de consumo sob a forma da “propriedade civil”, têm, contudo, um alcance limitado para fins de transformação social. Elas podem até mesmo servir de apoio para a produção diletante (*hobbies*), mas não conduzem, por si mesmas, à inovação, ao exercício da liberdade como movimento criativo de novas ordens efetivas, vislumbradas como “melhores” em face da ordem corrente. Transformar a produção diletante em produção econômica talvez seja viável seguindo-se os caminhos abertos pelas “economias em rede”, nas quais a informação substitua a moeda como meio de mobilização cooperativa de interesses. Nesse caso, a separação entre produção e consumo deixaria de ser relevante, pois quase todo o consumo tenderia a ser produtivo.

Porém, nas atuais condições, do ponto de vista da sociedade como um todo, considerada sob o aspecto dos interesses materiais (economia), não é a

60 A securitização corresponde à criação de um mercado por meio da emissão de títulos financeiros que têm base em fluxos de tesouraria (recebíveis) – no caso, recebimentos de parcelas de amortização do financiamento de imóveis com garantia hipotecária. Sobre securitização, ver Caminha (2005, p. 35-43).

propriedade civil, mas sim a propriedade comercial, ou ainda certas formas de propriedade “híbrida”,⁶¹ que contém o núcleo da liberdade, ou seja, o movimento em busca de inovação, da criatividade, em contraposição à ordem herdada do passado. Entretanto, a proteção dada à propriedade comercial, sem que se promova ativamente a fruição dos direitos DESCs, conduz à permanência de contrastes extremos e injustificáveis, perceptíveis no convívio da pobreza com a riqueza, da ignorância com a farta produção de conhecimento e informação, de endemias mortíferas e debilitantes na presença de meios terapêuticos e profiláticos abundantes, do avanço tecnológico com a destruição do meio ambiente. Esses contrastes condenam populações inteiras e suas ações econômicas ao baixo desenvolvimento e à marginalização em relação ao exercício da liberdade. E é uma ilusão imaginar que uma economia nacional possa tornar-se plenamente competitiva sob o comando de elites se mantiver contrastes obstaculizadores da participação de vastos contingentes sociais nos circuitos econômicos dinâmicos da produção. Assim, garantir a equanimidade, coordenando a proteção aos direitos de produção (propriedade comercial) e aquela destinada aos de consumo (propriedade civil e DESCs), é um desafio a ser enfrentado na promoção da justiça e do desenvolvimento econômico.

No enfrentamento desse desafio, os procedimentos de análise descritos na seção 5 devem ser adaptados para a abordagem da propriedade comercial. Assim como a fruição do direito à moradia, correspondente à propriedade civil, é referida, mediante a decomposição analítica, a políticas em diversas áreas – segurança pública, fornecimento de água, etc. –, também a fruição da propriedade comercial deve ser analisada por procedimento semelhante.

O ponto de partida da análise deve ser, nesse caso, uma situação persistente de baixa lucratividade do empreendimento. Não há dúvida de que, numa economia de mercado, essa é uma circunstância destinada a gerar desconfortos, controvérsias.

O passo seguinte deve ser o da “decomposição analítica do direito”. Assim, será determinado que o exercício do direito de propriedade comercial de uma indústria de informática, por exemplo, corresponde a uma série de componentes prestacionais referíveis a leis ou pactos sociais. Entre estes estão, exemplificativamente: segurança pública de instalações físicas, políticas públicas

61 Sobre a propriedade “híbrida”, *vide* p. 51.

educacionais de qualidade suficiente para gerar uma oferta de engenheiros especializados e outros técnicos que possam ser contratados pela indústria, uma política de regulação da energia que assegure o fornecimento deste insumo com boa qualidade e a preços módicos etc.

Além disso, as “prestações” a que o titular da propriedade comercial faz jus, sob a perspectiva da AJPE, devem ser vistas como convergentes para realizar o fim de alavancar a competitividade do investimento. Isso poderia significar, por exemplo: *i*) a isenção parcial de algum tributo, concedida para compensar um “atraso” nos investimentos em pesquisa e desenvolvimento; *ii*) o crédito ofertado por um banco estatal a uma taxa vantajosa; *iii*) uma renda assegurada por contratos de fornecimento celebrados com o Estado; *iv*) barreiras legais a novos investimentos (barreiras à entrada), tais como exigência de capital nacional, por oposição ao estrangeiro etc.⁶²

As etapas subsequentes da análise seriam as mesmas já descritas em relação aos “direitos de consumo” (ver seção anterior). Ou seja, após (1) a identificação de situação controvertida (nesse caso, a situação de baixa rentabilidade de uma empresa comercial) em relação à taxa de juros, e após (2) a designação do direito subjetivo correspondente (nesse caso, necessariamente o “direito de propriedade comercial”) e (3) a decomposição do direito em elementos prestacionais, seguem-se (4) a quantificação das prestações, que são mensuradas empiricamente, (5) a reunião dessas medidas em um índice de fruição empírica (IFE), (6) elaboração de um “padrão de validação jurídica” (PVJ), (7) avaliação de resultados e, (8) na hipótese de discrepância entre o IFE e o PVJ, a elaboração de recomendações de reforma. O conjunto de políticas novas ou reformas que tornem o empreendimento **competitivo** será correspondente à diferença entre o PVJ e o IFE para cada caso.

Dito isso, resta imediatamente claro que a tendência será no sentido de que muitas das reformas recomendadas poderão estar em conflito com o chamado “direito do comércio internacional”, erguido desde que o conjunto de normas chamado Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT – do inglês *General Agreement on Tariffs and Trade*), estabelecido em 1947, tornou-se referência para

62 Todas estas seriam políticas estatais ativistas, tais como políticas industriais, comerciais e de tecnologia, adotadas por governos (inclusive os de países hoje desenvolvidos) para impulsionar o desenvolvimento de suas economias. Ver Chang (2002).

negociações de redução tarifária, sendo hoje vigente sob a forma da legislação da OMC. E aqui, como já sugerido na seção anterior, o jurista deve estar preparado para argumentar em favor de reformas “de baixo para cima”, recomendando, se for o caso, a mudança de normas existentes no âmbito da cooperação internacional ou a modificação de estratégias/objetivos de negociação diplomática para a reforma de tais normas.

Mas nem todos os investimentos, isto é, nem todas as instâncias de direitos de propriedade comercial devem ser protegidas. As formas ou estruturas de propriedade podem variar imensamente e, em tese, nem todas apresentarão condições de serem compatibilizadas com exigências tendentes a aumentar a competitividade da ação econômica organizada sob o desenho institucional existente. Nesse sentido, observa Chang (2002, p. 83-84):

A segurança de direitos de propriedade não pode ser vista como uma coisa boa em si mesma. Há muitos exemplos na história nos quais a preservação de certos direitos de propriedade resultou em limitações ao desenvolvimento econômico e nos quais a violações de certos direitos de propriedade existentes (e a criação de novos) foram em realidade benéficas para o desenvolvimento econômico.

Conforme deve estar claro a partir das discussões anteriores, “direitos de propriedade” são na verdade modos de cooperação social que privilegiam ora o consumo ao qual são atribuídos diversos significados (propriedade civil), ora a produção competitiva. Neste último caso, a cooperação se dá sob as formas jurídicas da propriedade comercial e das propriedades estatais com função primária de produção. Porém, modos de cooperação produtivos podem tornar-se antiquados, por falta de inovação em métodos, ideias, capacidade organizativa, capacidade de concepção de produtos e serviços e planejamento estratégico de ações.

O contrário também pode acontecer: a pretensão de grupos de “quebradeiras de coco babaçu” no sentido de terem acesso livre a palmeiras subtraídas do uso comum por cercamento erguido com base no “direito de propriedade civil” é um exemplo.⁶³ Fatores que auxiliariam na superação de deficiências de competitividade são muitos e incluem, além das medidas usuais de combate a

63 O conflito entre o Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu (MIQCB) e proprietários rurais no Nordeste brasileiro é relatado em Shiraiishi Neto (2002).

condutas anticoncorrenciais (formação de oligopólios, cartéis etc.), a suspensão de extensões indevidas de critérios do direito civil sobre a propriedade que seja ou possa ser transformada em funcionalmente produtiva, na forma de propriedade comercial ou híbrida e potencialmente comercial. Tal extensão ocorreu, possivelmente, no caso da proteção dada a fazendeiros proprietários civis de terras improdutivas diante de reivindicações das quebradeiras de coco babaçu. Outros exemplos de fatores que podem auxiliar na superação de deficiências de competitividade podem incluir até a adoção de políticas que protejam práticas de consumo correspondentes à fruição dos DESCs, bem como a introdução de políticas industriais de diversos tipos.

Além disso, para a finalidade de superação de limitações à competitividade, **diferenças na estrutura do engaste monetário** da propriedade organizada sob a função produtiva são absolutamente cruciais. A criação de mercados financeiros que “alavanquem” o potencial de inovação e contribuam para a formação de novos mercados na economia real e na monetária, modificando o desenho institucional da moeda e renovando assim o seu caráter “schumpeteriano”, é essencial para a finalidade de impulsionar a inovação e a transformação da economia.⁶⁴ Mudanças dessa espécie certamente abriram uma vantagem estratégica para quem desenvolveu um “engaste monetário” positivo com a inventividade financeira de *Wall Street* e da *City* londrina nas últimas décadas.⁶⁵

A esse respeito, a AJPE considera útil distinguir entre três tipos de “ambientes institucionais monetários” (AIMs), correspondentes a diferentes instrumentos de políticas incidentes sobre a “cláusula monetária” dos contratos e assim também a três tipos de “engastes monetários” dos direitos subjetivos:

- a) os AIMs de caráter civil ou social;
- b) os AIMs comerciais; e
- c) os AIMs estratégicos.

⁶⁴ Para uma discussão ilustrativa de como a regulação da moeda pode contribuir para o desenvolvimento, ver Epstein (2007).
⁶⁵ Nesse sentido argumenta Blyth. Segundo sua análise, a política de transparência financeira adotada a partir dos anos 1980 como praticamente o único elemento de regulação financeira impulsionada pelo FMI favoreceu interesses de “uma coalizão entre Estados com grandes setores financeiros e interesses financeiros globais, uma coalizão formada por motivos muito diferentes, mas mutuamente benéficos” (BLYTH, 2003, p. 251-252. A *débâcle* dos mercados financeiros, sobretudo a partir de 2008, conduzindo a enormes perdas, drásticas reduções na oferta de crédito e aportes maciços de recursos oriundos dos tesouros estatais, o que desencadeou a procura de novas fórmulas de regulação financeira, pode evidentemente mudar o cenário. Para uma avaliação da crise financeira referida, ver *International Monetary Fund* (2008).

Para fins de simplificação terminológica, esses ambientes institucionais monetários e os instrumentos de políticas que lhe são próprios serão designados por “moeda civil”, “moeda comercial” e “moeda estratégica”, respectivamente.

A **moeda comercial** corresponde sobretudo a instrumentos monetários e financeiros derivados da livre criatividade contratual de atores privados dos mercados bancário e financeiro. As regras procedimentais de negociação de prestações podem não ter o requisito de ampla publicidade. Assim são os mercados de diversos ativos transacionados em balcão.

Já a **moeda civil** (por exemplo, o conteúdo monetário do contrato de financiamento da casa própria) corresponde a instrumentos e políticas que incorporam o interesse público na proteção a práticas de consumo.

Finalmente, a moeda estratégica consiste em instrumentos e políticas que se traduzem em conteúdos de “estratégia” do Estado e, em tese, expressam o interesse público (“pactos sociais”), seja para ampliar a competitividade de investimentos privados ou controlados pelo próprio Estado localmente, seja para proteger práticas de consumo, como base de construção da competitividade da economia, seja, ainda, para adquirir posições estratégicas nas relações econômicas internacionais.⁶⁶ Nesse sentido, certos instrumentos de moeda estratégica podem ser “enxertados” nos AIMS comerciais e até nos AIMS civis. Além disso, o “afrouxamento” do engaste monetário, no caso de esquemas financeiros instrumentais à economia da propriedade civil ou, ainda, nos casos de políticas “ativistas” em apoio a empresas comerciais, poderia ser visto como formado de conjuntos de “enxertos” de moeda estratégica em certos setores da atividade econômica. A “moeda estratégica” pode ainda corresponder a políticas de interface entre a moeda civil ou moedas da economia de propriedades “híbridas” – o que inclui as “finanças solidárias” e “moedas comunitárias”⁶⁷ – e a moeda comercial, viabilizando regimes de múltiplas moedas.

A definição de padrões de validação jurídica (PVJs) aplicáveis à análise jurídica das políticas de produção (propriedade comercial e propriedades estatais com função produtiva), portanto, parece depender do reconhecimento do seguinte:

- a) a clara centralidade das políticas de defesa da concorrência, para cujo desenvolvimento a AJPE necessitaria contribuir em termos que

66 Ver discussões sobre relações monetárias internacionais e estratégias de Estados nos estudos reunidos em Andrews (org.) (2006). Ver, também, a discussão sobre usos estratégicos da moeda (manipulação de divisas, dependência monetária e desorganização sistêmica) para fins políticos no âmbito das relações internacionais em Kirshner (1995).

67 Ver, por exemplo, Freire (2009).

promovam a sua articulação com a visão integradora da produção (mercado) e do consumo (DESCs e propriedade civil), abrindo espaço para a elaboração de referenciais de “conteúdos estratégicos” inseridos em contratos ou expressos em “pactos sociais”;

- b) a necessidade de construção de meios institucionais de coordenação internacional de tais políticas, sendo a *International Competition Network* (ICN), por sua baixa densidade institucional, certamente pouco útil para a tarefa;
- c) a necessidade de articulação doutrinária do esforço de construção de PVJs da propriedade comercial com a elaboração dos referenciais normativos da cooperação comercial, hoje atraídos para o regime centrípeta da OMC, e com outros regimes não comerciais (por exemplo, regimes ambientais); e
- d) a necessidade de que as análises sobre as diferentes estruturas de “engaste monetário” e comparações entre elas sejam incorporadas às análises das “prestações” (nesse caso, regulação da moeda e de mercados financeiros) que integram a fruição do direito de propriedade comercial e sejam incorporadas aos esforços de construção de índices de fruição empírica (IFEs) de direitos de produção nos diversos setores produtivos.

Quanto ao último desses pontos (letra “d”), em conexão com o primeiro (letra “a”), vale a pena assinalar que uma possível medida básica para se começar a pensar sobre a fruição “padrão”, refletida em um PVJ referente aos “direitos de produção” genericamente concebidos, poderia ser uma média de taxas de juros ocorrentes no mundo em um período dado. O patamar dessa taxa média, em tese, poderia constituir a referência em relação à qual as insuficiências de fruição empírica e “deficiências” institucionais no “engaste monetário” pudessem ser identificadas. O critério seria comparável ao que está descrito acima, em relação aos direitos de consumo, como média de IFEs obtidos em mensurações de fruição em comunidades distintas.⁶⁸

68 Ver seção 5, nota 62, acima.

7 Comentários finais

A perspectiva adotada no presente trabalho procura indicar que, após revolver o solo de uma cultura jurídica achatada sob o peso de séculos de elaboração **formalista** do direito e após tornar clara a existência de limitações na tentativa de aplicar a problemas jurídicos “teorias sociais” prontas, destituídas de desdobramentos analíticos e metodológicos capazes de engajar o jurista disciplinadamente com fatos empíricos da vida social, a utilidade da exploração interdisciplinar das relações entre o direito e o dinamismo econômico da sociedade de mercado salta aos olhos.

Como já sugerido, a abordagem da AJPE não pretende gerar repentinamente repostas fáceis para problemas cuja compreensão requer um trabalho de pesquisa que demanda esforços, tempo, recursos. Contudo, a abordagem aponta caminhos novos para se identificar, descrever, avaliar – e agir diante de – obstáculos que tornam as sociedades injustas, e o dinamismo transformativo da economia de mercado sob muitos aspectos, paradoxalmente nefasto para uma grande parcela da humanidade.

O argumento sobre a AJPE apresentou um caminho alternativo ao formalismo, ao substantivismo idealista, aos exercícios abstratos de “ponderação de valores” e à AED. E, ao fazê-lo, procedeu com base em um esforço de reformar categorias jurídicas desgastadas, de modo que a descrição do instrumental analítico proposto não ficasse presa à autorreferencialidade de conceitos dogmático-formalistas ou ideais, nem simplesmente ficasse reduzida a um esforço de subordinar a análise jurídica à microeconômica, como propõe a AED.

Ao reformar, com o auxílio da interdisciplinaridade, as categorias jurídicas em sua maioria herdadas do século XIX, a AJPE entende que as rígidas separações estabelecidas pela organização dogmática das ideias e conceitos jurídicos (entre ramos do Direito, por exemplo, entre o direito público e o privado, entre o interno e o Internacional e entre “direito” e outras visões da sociedade trazidas por disciplinas como a Sociologia, a Economia, a Ciência Política, a Antropologia) devem ser flexibilizadas em prol da busca pela construção prática da efetiva justiça.

Assim, o caminho que vai da identificação de uma política controvertida e sua tradução jurídica (em termos de “direitos”) até a proposta de reforma da política

adquire relevância jurídica a partir de um prisma que valoriza o ancoramento da economia na fruição de direitos fundamentais e direitos humanos, mas também se destina a estimular o diálogo com outras disciplinas e o trabalho analítico cooperativo interdisciplinar.

Uma imagem do trabalho jurídico empiricamente informado sobre políticas públicas e econômicas, acontecendo em diversos fóruns, vários deles internacionais, outros comunitários, outros ainda semiacadêmicos ou acadêmicos, desenvolvidos cooperativa e interdisciplinarmente, em rede ou face a face, pode corresponder a um mundo em que juristas deixem de afirmar formas vazias e ideais inconsequentes, ou discursos largamente especulativos e análises parciais, e se debruçam sobre possibilidades reais de mudar o mundo por meio da construção pragmática e negociada de uma política econômica multidisciplinar, que prime pela sua qualidade de não apenas fomentar o crescimento econômico, mas também favorecer a valorização de diversas concepções do bem moral (cultural, religioso, social) presentes na sociedade.

Referências

ANDREWS, David. M. (org.). **International Monetary Power**. Ithaca: Cornell University Press, 2006.

ATKINS, Chris. *Appropriation by Litigation: Estimating the Cost of Judicial Mandates for State and Local Education Spending*. Washington: Tax Foundation, **Background Paper nº 55**, 2007. Disponível em: <<http://www.taxfoundation.org/files/bp55.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BAAB, Mike; JUNGK, Margaret. *The Arc of Human Rights Priorities: A New Model for Managing Business Risks*. DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS. **The Human Rights and Business Project**, jun. 2009. Disponível em: <http://www.humanrightsbusiness.org/files/11111/file/arc_of_human_rights_priorities__road_testing_version__1_june.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2009.

- BALLARD, Megan. El Choque entre los Jueces Locales y la Economía Global: la política de reforma judicial en Brasil. In: SILVA, Germán Burgos (org.). **Independencia Judicial en América Latina**. Bogotá: Ilsa, 2003.
- BARBOSA, Mariana Gracioso. O STF e a Política de Fornecimento de Medicamentos para Tratamento de AIDS/HIV. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana (orgs.). **Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?** São Paulo: SBDP/Malheiros, 2008.
- BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom**. New Haven: Yale University Press, 2006.
- BLOCH, Maurice; PARRY, Jonathan (orgs.). Introduction: money and the morality of exchange. In: _____. **Money and the Morality of Exchange**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- BLYTH, Mark. The Political Power of Financial Ideas. Transparency, Risk and Distribution in Global Finance. In: KIRSHNER, Jonathan (org.). **Monetary Orders**. Ithaca: Cornell University Press, 2003.
- BOLTANSKI, Luc; THÉVENOT, Laurent. **De la Justification – Les économies de la grandeur**. Paris: Gallimard, 1991.
- BOYLE, James. The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain. **Law and Contemporary Problems**. v. 66, p. 33-74, 2003.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 out. 1991. Seção 1, p. 1.
- _____. Congresso Nacional. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Seção 1, p. 1.
- _____. Congresso Nacional. **Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jan. 1991. Seção 1, p. 1.
- _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Processo nº 766/53**, da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal. Brasília, DF, 1 dez. 2006.

BREITMAN, Karin Koogan. **Web Semântica: a internet do futuro**. Rio de Janeiro: LTC, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMINHA, Uinie. **Securitização**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Fernando José Cardim de. Inovação Financeira e Regulação Prudencial: da regulação de liquidez aos acordos de basileia. In: SOBREIRA, Rogério (org.). **Regulação Financeira e Bancária**. São Paulo: Atlas, 2005.

CASTRO, Marcus Faro de. Cultura, Economia e Cidadania: algumas reflexões preliminares. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA). **Anuário Antropológico 2000/2001**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma abordagem pós-neoclássica. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 7, n. 75. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/Marcus_rev74.htm>. Acesso em: 23 jun. 2009.

_____. A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica. In: **Notícia do Direito Brasileiro** (Nova Série), Brasília, n. 14, p. 111-132, 2007. [Republicado in TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (orgs.). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009].

CHANG, Ha-Joon. **Kicking Away the Ladder**. London: Athem Press, 2002.

COOLEY, Alexander; SPRUYT, Hendrik. **Contracting States**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (orgs.). **Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?** São Paulo: SBDP/Malheiros, 2008.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a busca de um critério para o conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DURKHEIM, Émile. **De la Division do Travail Social**. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, [1930] 2007.

EASTWOOD, Jonathan. Weber's Theory of Interests. **Critical Review**, v. 17, n. 1 e 2, p. 89-100.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – Regime jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

EPSTEIN, Gerald. Central Banks as Agents of Economic Development. In: CHANG, Ha-Joon (org.). **Institutional Change and Economic Development**. Tóquio: United Nations University Press, 2007.

EVANS, Peter. Challenges of the “Institutional Turn”: new interdisciplinary opportunities in development theory. In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard (orgs.). **The Economic Sociology of Capitalism**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. Social Economy and Central Banks: legal and regulatory issues on social currencies (social money) as a public policy instrument consistent with monetary policy. **International Journal of Community Currency Research**, v. 13, p. 76-94, 2009,. Disponível em: <[http://www.uea.ac.uk/env/ijccr/pdfs/IJCCRvol13\(2009\)pp76-94Freire.pdf](http://www.uea.ac.uk/env/ijccr/pdfs/IJCCRvol13(2009)pp76-94Freire.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2009.

FREITAS, Maria Cristina Penido de; PRATES, Daniela Magalhães. As Novas Regras do Comitê da Basiléia e as Condições de Financiamento dos Países Periféricos. In: SOBREIRA, Rogério (org.). **Regulação Financeira e Bancária**. São Paulo: Atlas, 2005.

GADREY, Jean ; JANY-CATRICE, Florence. **Les Nouveaux Indicateurs de Richesse**. Paris: La Découverte, 2007.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. (orgs.). **Courting Social Justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**. Boston: Beacon Press, 1981. v. 1.

_____. _____. Boston: Beacon Press, 1985. v. 2.

HAFNER, Gerhard. Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law. In: **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n.4, Summer 2004. Disponível em: <<http://students.law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-hafner.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. Nova Iorque: W.W. Norton, 1999.

INTERNATIONAL BUSINESS LEADERS FORUM e INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. **Guide to Human Rights Impact Assessment and Management – Road-Testing Draft**, 2007. Disponível em: <http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/ContentPageDesignPreview/OurStories_SocialResponsibility_HumanRights>. Acesso em: 23 jun. 2009.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. Containing Systemic Risks and Restoring Financial Soundness. **Global Financial Stability Report**, Washington: IMF, 2008. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/gfsr/2008/01/pdf/text.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2008.

JACKSON, Howell. Centralization, Competition, and Privatization in Financial Regulation. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 2, n. 2, jul. 2001. Disponível em: <<http://find.galegroup.com/itx/infomark.do?&contentSet=IAC-Documents&type=retrieve&tabID=002&prodId=ITOF&docId=A107323014&source=gale&srcprod=ITOF&userGroupName=capes53&version=1.0>>. Acesso em: 7 maio 2007.

JANNUZZI, Paulo de Martino; ARRUDA, Marcela Rocha de. Sistema de Indicadores para Acompanhamento da Agenda de Direitos Humanos no Brasil: Apontamentos metodológicos. **Bahia, Análise & Dados**, Salvador, v. 14, n. 1, p. 243-247, jun. 2004.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **A Coligação Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KIRSHNER, Jonathan. **Currency and Coercion: the political economy of international monetary power**. Princeton: Princeton University Press, 1995.

KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: between technique and politics. **The Modern Law Review**, v. 70, n.1, p. 1-30, Jan. 2007.

LESSIG, Lawrence. **Code and Other Laws of Cyberspace**. New York: Basic Books, 1999.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. Indianapolis: Hackett Publishing, 1980.

LYRA FILHO, Roberto. **O Que é o Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MARX, Karl. The Fetishism of Commodities and the Secret Thereof. In: _____. **The Capital**, v. 1. *Apud* TUCKER, R.C. (org.). **The Marx-Engels Reader**. New York: W.W. Norton & Company, 1978.

MCCOY, Patricia. Rethinking Disclosure in World of Risk-Based Pricing. **Harvard Journal on Legislation**, v. 44, n. 1, p. 123-154, 2007. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jol/vol44_1/mccoy.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2007.

MARTÍNEZ, Juan; SANTISO, Javier. Financial Markets and Politics: The confidence game in latin american emerging economies. **International Political Science Review**, v. 24, n. 3, p. 383-395.

MENDES, Gilmar F. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 23 jun. 2009.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. De l'Esprit des Lois. In: _____. **Oeuvres Complètes**. Paris: Éditions du Seuil, 1964.

OLIVEIRA, Alessandro V. M. Regulação da Oferta no Transporte Aéreo: do comportamento de operadoras em mercados liberalizados aos atritos que emergem da interface público-privado. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). **Direito e Economia na Regulação Setorial**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série *GV law*).

POCHMANN, Marcio. **Qual Desenvolvimento? Oportunidades e Dificuldades do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Publisher Brasil, 2009.

PRADO, Mariana Motta. Análise de Custo-Benefício e o Direito. In: BITTAR, Eduardo C. B.; SOARES, Fabiana de Menezes (orgs.). **Temas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Manole, 2004.

RAMOS, Luciana de Oliveira. O Uso de Precedentes pelo STF em Casos de Fornecimento de Medicamentos. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana (orgs.). **Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?** São Paulo: SBDP/Malheiros, 2008

REINERT, Erik S. Institutionalism Ancient, Old and New: a historical perspective on institutions and uneven development. In: CHANG, Ha-Joon (org.). **Institutional Change and Economic Development**. Tóquio: United Nations University Press, 2007.

SALAMA, Bruno M. O Que É Pesquisa em Direito e Economia?. In: **Cadernos de Direito GV**, caderno n. 22, v. 5, n. 2, mar. 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Regulação e Desenvolvimento. In: _____. (org.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). **Direito e Economia na Regulação Setorial**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série *GV law*).

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. London: Unwin, 1974.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Palmeiras Enquanto Patrimônio Mínimo das Chamadas Quebradeiras de Coco Babaçu. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (org.). **Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

SICHE, Raúl; AGOSTINHO, Feni; ORTEGA, Enrique; ROMEIRO, Ademar. Índices versus Indicadores: precisões conceituais na discussão da sustentabilidade de países. In: **Ambiente e Sociedade**, Campinas, v. 10, n. 2, p. 137-148, jul./dez. 2007.

- SIMMEL, Georg. O Dinheiro na Cultura Moderna. In: SOUZA, Jessé; ÖELZE, Berthold (orgs.). **Simmel e a Modernidade**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005.
- SIMMONS, Beth A. Money and the Law: why comply with a public international law of money? In: **Yale Journal of International Law**, v. 25, p. 323-362.
- SMITH, Gordon D.; KING, Brayden G. Contracts as Organizations. Legal Studies Research Paper Series. UNIVERSITY OF WISCONSIN LAW SCHOOL. **Paper n. 1.037**, Mar. 2007.
- SWEDBERG, Richard. **Principles of Economic Sociology**. Princeton: Princeton University Press, 2003.
- TAYLOR, Mathew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. In: **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.
- THALLER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness**. London: Penguin Books, 2008.
- THÉRET, Bruno. Os Três Estados da Moeda. Abordagem Interdisciplinar do Fato Monetário. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 17, n. 1, p. 1-28, 2008.
- TISDELL, Clem; HARTLEY, Keith. **Microeconomic Policy: a new perspective**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2008.
- TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.) **The New and Economic Development**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: an assault on human rights? In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. **Human Development Report 2005**. New York: UNDP, 2005.
- UNITED NATIONS ORGANIZATION. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises. Human Rights Impact Assessments – Resolving Key Methodological Questions. A/HRC/4/74, 5 Feb. 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana (orgs.). **Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?** São Paulo: SBDP/Malheiros, 2008.

WEBER, Max. The Social Psychology of World Religions, in: GERTH, H.H.; MILLS, C. Wright (orgs.). **From Max Weber: essays in sociology.** London: Routledge & Kegan Paul, 1957.

_____. Religious Rejections of the World and their Directions. In: GERTH, H.H.; MILLS, C. Wright (orgs.). **From Max Weber: essays in sociology.** London: Routledge & Kegan Paul, 1957a.

Estado e Arbitragem: impressões da *I Conferencia Latinoamericana de Arbitraje*

Danilo Takasaki Carvalho*

1 Estado atual do tema no Banco Central do Brasil.

2 I Conferencia Latinoamericana de Arbitraje:

2.1 A arbitragem institucional e a arbitragem ad hoc;

2.2 Princípios do Regulamento de Arbitragem da International Chamber of Commerce; 2.3 Medidas de urgência na arbitragem;

*2.4 Mediação como mecanismo eficaz de solução de controvérsias; 2.5
Recomendações para arbitragens multipartes. 3 Conclusão.*

Resumo

Sistematiza os conhecimentos adquiridos na *I Conferencia Latinoamericana de Arbitraje*, realizada em Assunção, Paraguai, nos dias 11 e 12 de junho de 2009. O artigo volta-se para questões de natureza prática sobre a adoção da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias entre o Banco Central do Brasil e suas contrapartes em contratos internacionais. Conclui-se que há importantes contribuições das palestras proferidas na conferência, especialmente, sobre as vantagens da arbitragem institucional, as medidas de urgência em procedimentos arbitrais, a mediação como etapa prévia à arbitragem e a redação da cláusula compromissória em relações jurídicas de múltiplas partes.

* Procurador do Banco Central do Brasil. Exerce a função de Assessor Jurídico na Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Monetária e Internacional (Copin). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP).

Palavras-chave: Arbitragem. Contrato Internacional. Banco Central. Conferência Internacional.

Abstract

Presents the knowledge acquired in the I Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, held in Assunción, Paraguay, on 11th and 12th June 2009. The paper is dedicated to practical issues related to the choice of arbitration as a mechanism for conflict resolution between Banco Central do Brasil and its counterparties in international agreements. I conclude that the presentations of the conference offer important contributions to the activities of the central bank's lawyers, especially on the advantages of institutional arbitration, the decisions on urgent matters in arbitral proceedings, the adoption of mediation as a previous step towards arbitration, and the wording of the arbitral convention in multiple party agreements.

Keywords: Arbitrage. International Agreements. Central Bank. International Conference.

1 Estado atual do tema no Banco Central do Brasil

No Brasil, a arbitragem encontra-se disciplinada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996), que confere legitimidade, no país, aos procedimentos de solução definitiva de controvérsias por tribunais arbitrais.¹

¹ Cf. os seguintes dispositivos da Lei nº 9.307, de 1996:

“Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

[...]

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

[...]

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

[...]

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

[...]

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.”

Nos termos do art. 105, I, *ii*, da Constituição da República (BRASIL, 1988), a competência para homologação de sentença arbitral estrangeira passou ao Superior Tribunal de Justiça após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004).

Assim é que as sentenças ou laudos proferidos por árbitros ou tribunais arbitrais, constituídos mediante acordo entre as partes da controvérsia, contêm decisões capazes de vincular os litigantes a tal ponto de serem passíveis de execução perante os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, isto é, de contarem com o auxílio do Estado, detentor do monopólio do uso da força coercitiva na sociedade.

Com fundamento na Lei de Arbitragem brasileira (BRASIL, 1996), pareceres da Procuradoria-Geral do Banco Central² têm sido, há muito, favoráveis à adoção da arbitragem como mecanismo de solução de suas controvérsias com partes estrangeiras, sejam essas de natureza pública ou privada. A eleição desse mecanismo ocorre, essencialmente, por meio de inserção em contratos de cláusula compromissória cujo padrão de redação é fixado por essa procuradoria.

Interessa destacar que essa redação-padrão tem sido objeto de recente revisão por parte da Procuradoria-Geral do Banco Central, com o fito de: *i*) substituir o procedimento traçado pelas regras da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL, 1976)³ pelas existentes no regulamento da *International Chamber of Commerce* (ICC, 1998);⁴ e *ii*) alterar o modelo de arbitragem do padrão *ad hoc* para o institucional, no âmbito da ICC. Sobre esses assuntos, pois, as considerações a seguir buscarão trazer alguma contribuição.

Vale ainda mencionar – porquanto serão tópicos abordados adiante – que a redação-padrão adotada pela referida Procuradoria-Geral não incorpora menção específica às medidas de urgência eventualmente necessárias para assegurar interesses das partes nos contratos, tampouco é prevista a mediação como etapa inicial dos procedimentos de solução de controvérsias, embora, em alguns casos, seja estipulada a negociação bilateral como primeiro passo.

2 Cf., a título de exemplo, os pareceres Dejur-693, de 18 de dezembro de 2002; PGBC-477, de 26 de outubro de 2005; e Dejur-89, de 19 de fevereiro de 2004, que trata da arbitragem instituída entre a Companhia Paranaense de Energia (Copel) e a UEG Araucária.

3 Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.

4 Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris, França.

2 I Conferencia Latinoamericana de Arbitraje

2.1 A arbitragem institucional e a arbitragem *ad hoc*

No painel inicial da *I Conferencia Latinoamericana de Arbitraje*, realizada em Assunção, Paraguai, nos dias 11 e 12 de junho de 2009, foram abordados aspectos do modelo de arbitragem institucional, com enfoque nos procedimentos e regras adotados pela ICC e pela *American Arbitration Association* (AAA). Na primeira palestra, o professor Alejandro Garro, da Universidade de Columbia (EUA), tratando do tema “Instituições e Regras”, traçou algumas pautas para decisão entre os modelos de arbitragem *ad hoc* e institucional (GARRO, 2009).

A arbitragem *ad hoc* é aquela em que as partes acordam em instituir um tribunal arbitral de maneira livre, podendo ou não seguir regramentos pré-estabelecidos por organismos internacionais. A seu turno, a arbitragem institucional é aquela em que as partes concordam em se submeter ao procedimento e à organização administrativa de uma corte ou câmara em operação (GAILLARD *et al*, 1999, p. 33-35). A escolha entre um ou outro modelo deve, segundo Garro, basear-se nas seguintes pautas:

- a) Arbitragem *ad hoc*:
 - As partes têm um conflito de **maior simplicidade**, no sentido de que são poucas as partes no litígio, de que a matéria não envolve perícias complexas, de que não são necessárias provas testemunhais em abundância etc.
 - As partes desejam ter maior **controle sobre o sigilo** das informações a respeito da lide ou sobre a própria existência da lide.
 - As partes demonstram **disposição para cooperar**, de forma que a arbitragem seja conduzida com celeridade.
- b) Arbitragem institucional:
 - As partes entendem conveniente que um **serviço administrativo** auxilie os árbitros na condução de tarefas relativas às comunicações com as partes, à preparação de audiências etc.
 - Entende-se adequado contar com um **rol de árbitros pré-selecionados**.
 - Busca-se assegurar **maior independência e imparcialidade dos árbitros**, eis que as regras instituídas para as câmaras têm essa preocupação.

- As partes acreditam ser conveniente que a arbitragem seja realizada no âmbito de uma instituição de **reputação internacional, com reconhecida vocação universal** (agregação de culturas jurídicas distintas).
- Caso as partes **não** estejam **dispostas a cooperar**, a instituição escolhida tem poderes para determinar, por exemplo, as questões controvertidas sobre as quais o tribunal irá pronunciar-se, e a apresentação dos documentos que as partes têm em seu poder para comprovar suas alegações.
- As partes não desejam negociar com os árbitros o **valor dos honorários**, preferindo recorrer à instituição (terceiro) para a fixação e eventual negociação dos honorários.

Pode-se argumentar, a partir das considerações de Garro, que, em muitos aspectos, a arbitragem institucional é mais vantajosa do que a arbitragem *ad hoc*, para grande parte dos contratos em que atua o Banco Central do Brasil. De partida, é preciso considerar que a maioria das relações jurídicas das quais participa essa autarquia são deveras complexas, não raro envolvendo mais de uma parte, como se observa nos contratos de prestação de serviços de corretagem, ou *brokerage contracts* (GARNER, 2000, p. 154), nos contratos de empréstimo em moeda estrangeira celebrados ao amparo da Resolução CMN nº 3.672, 17 de dezembro de 2008 (BRASIL, 2008), nos contratos de gestão externa das reservas internacionais,⁵ em contratos de derivativos de balcão ao amparo dos modelos elaborados pela *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA), entre outros.

Além disso, não é possível afirmar que, em regra, as contrapartes do Banco Central do Brasil estejam dispostas a cooperar para a rápida e eficaz solução do litígio, de modo que se mostra útil a presença de uma instituição para auxiliar os árbitros na imposição de deveres e prazos às partes.

No mais, é preciso considerar que a menção à preservação do sigilo sobre a controvérsia, feita exclusivamente para a arbitragem *ad hoc*, deve ser interpretada *cum grano salis*. Em regra, um procedimento arbitral é sempre secreto, no sentido de que os árbitros, no momento da constituição do tribunal, obrigam-se

5 Celebrados com instituições financeiras com sede no exterior, no âmbito do Programa de Gerenciamento Externo das Reservas Internacionais (PGER).

a manter sigilo sobre as informações a eles submetidas pelas partes. E essa é uma característica presente em arbitragens *ad hoc* como em procedimentos institucionais, ou seja, a exigência do sigilo também pode ser feita perante a instituição que administrará o processo, de modo essa não esteja autorizada a divulgar ou de qualquer forma tornar públicos os dados da controvérsia (BORN, 2002, p. 2249-2270; DERAIS; SCHWARTZ, 2005, p. 254-255).

Diante disso, a afirmação de que a arbitragem *ad hoc* deve ser levada em consideração por partes que desejam manter maior controle sobre o sigilo da contenda parece ser verdadeira se admitida a hipótese de que, nesse modelo de arbitragem, o número de pessoas envolvidas tende a ser menor do que naqueles conduzidos por uma instituição. Se se supõe que, na arbitragem institucional, pelo fato de existirem serviços administrativos e de secretaria, maior número de indivíduos têm contato com a demanda, é razoável concluir que o risco de que informações sobre ela ganhem conhecimento de terceiros, especialmente por vias informais, é mais elevado em arbitragens conduzidas por instituições do que aquelas realizadas por tribunais *ad hoc*.

2.2 Princípios do Regulamento de Arbitragem da *International Chamber of Commerce*

Iniciada a sessão que versava sobre aspectos normativos e institucionais da arbitragem comercial, o primeiro expositor, Paul Arrighi, doutor em Direito pela Universidade da República Oriental do Uruguai e membro da corte internacional de arbitragem da ICC desde o ano 2000, proferiu a palestra *Principios del arbitraje CCI y legislaciones sudamericanas*⁶ (ARRIGHI, 2009).

Sobre o conteúdo da palestra, destaco a ênfase dada pelo expositor à importância do art. 35 do Regulamento de Arbitragem da ICC⁷ (doravante Regulamento da ICC), que estabelece o dever de a corte da ICC ou o

⁶ Tradução livre: "Princípios da arbitragem na ICC e as legislações sul-americanas".

⁷ "Article 35

General Rule

In all matters not expressly provided for in these Rules, the Court and the Arbitral Tribunal shall act in the spirit of these Rules and shall make every effort to make sure that the Award is enforceable at law."

Tradução livre: "Artigo 35. Regra Geral. Em todas as matérias não expressamente disciplinadas nesse Regulamento, a Corte e o Tribunal Arbitral deverão agir de acordo com o espírito desse Regulamento e deverão envidar todos os esforços para assegurar que a Sentença é executável segundo o direito."

tribunal arbitral constituído sob sua administração seguirem o espírito do regulamento naquelas situações em que não houver disciplina expressa por esse texto normativo.

Esclareceu o professor, então, o que entende serem os quatro princípios que informam o espírito do Regulamento da ICC:

- a) autonomia da vontade;
- b) devido processo;
- c) competência;
- d) justiça eficaz.

A autonomia da vontade deve ser entendida em toda a amplidão do princípio, isto é, as partes podem escolher, para o julgamento de sua demanda, qualquer ordenamento jurídico ou, ainda, que a arbitragem se realize *ex aequo et bono* (por equidade). Não há limitações nesse aspecto. As partes podem, também, afastar ou modificar algumas disposições do Regulamento da ICC, mas essas escolhas estão sujeitas a limitações, pois se entende que algumas regras do regulamento são imperativas. Não há norma que fixe essa indisponibilidade que incide sobre alguns preceitos do regulamento; os casos que apresentam cláusulas compromissórias que não se coadunam com essas regras imperativas são submetidos à corte da ICC, que pode decidir por convocar as partes a mudar a cláusula compromissória ou, caso não seja atendida, rejeitar a apreciação do conflito na ICC. Como exemplos de normas que não se sujeitam à disposição das partes, mencionou o professor a constante do art. 15.2,⁸ que versa sobre a independência e a imparcialidade dos árbitros, e as dos art. 27 e 28, que preveem os procedimentos de análise dos projetos de laudo pela secretaria da ICC, dos quais pode resultar a rejeição do laudo.

No que toca ao devido processo, outro princípio do Regulamento da ICC, trata-se das providências adotadas pelos árbitros para obter das partes elementos para decisão, assim como da garantia de que as partes tenham igualdade de tratamento pelos árbitros, assegurando-se o contraditório. Segundo Arrighi,

8 “Article 15

Rules Governing the Proceedings

[...]

2. *In all cases, the Arbitral Tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case.*”

Tradução livre: “Artigo 15. Regras sobre o procedimento. [...] 2. Em todos os casos, o Tribunal Arbitral deverá agir justa e imparcialmente e assegurar que cada parte tenha razoável oportunidade para apresentar sua causa.”

o princípio é tão relevante que, em sua opinião, aí reside a independência dos árbitros.

Em relação à competência, o princípio se encontraria plasmado no art. 6.2º do Regulamento da ICC, que estipula ao tribunal arbitral ou à corte da ICC, conforme o caso, o poder para decidir sobre sua própria competência em relação a uma causa submetida a sua jurisdição.

O quarto princípio, justiça eficaz, significa que as partes têm direito a obter um processo rápido, justo e eficaz, isto é, que resulte em uma sentença exequível.

2.3 Medidas de urgência na arbitragem

Sobre esse tópico, destaco a palestra proferida pelo Dr. Luis M. Martinez (MARTINEZ, 2009), árbitro do *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR), da AAA, que enfatizou a presença de regras específicas no Regulamento de Arbitragem Internacional da AAA (AAA, 2009) para o tratamento de questões urgentes entre partes que tenham estipulado a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias. Segundo o palestrante, o regulamento dispõe que, nessas situações, um árbitro é nomeado especificamente para o feito, em até um dia, em caráter emergencial.

Compulsando o mencionado regulamento, encontrei os dispositivos do artigo 37,¹⁰ que disciplinam o atendimento às “medidas urgentes de proteção”

9 “Article 6
Effect of the Arbitration Agreement
[...]

2. If the Respondent does not file an Answer, as provided by Article 5, or if any party raises one or more pleas concerning the existence, validity or scope of the arbitration agreement, the Court may decide, without prejudice to the admissibility or merits of the plea or pleas, that the arbitration shall proceed if it is prima facie satisfied that an arbitration agreement under the Rules may exist. In such a case, any decision as to the jurisdiction of the Arbitral Tribunal shall be taken by the Arbitral Tribunal itself. If the Court is not so satisfied, the parties shall be notified that the arbitration cannot proceed. In such a case, any party retains the right to ask any court having jurisdiction whether or not there is a binding arbitration agreement.”

Tradução livre: “Artigo 6. Efeito do Compromisso Arbitral. [...] 2. Se o Demandado não submeter sua Resposta, conforme o disposto no Artigo 5, ou se qualquer parte levantar uma ou mais alegações a respeito da existência, validade ou objeto do compromisso arbitral, a Corte poderá decidir, sem prejuízo da admissibilidade ou do mérito da alegação ou das alegações, que a arbitragem deverá prosseguir se ficar imediatamente satisfeita que um compromisso arbitral sob o Regulamento pode existir. Nesse caso, qualquer decisão sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral deverá ser tomada pelo próprio Tribunal Arbitral. Se a Corte não ficar satisfeita, as partes deverão ser notificadas de que a arbitragem não poderá prosseguir. Nesse caso, qualquer parte tem o direito de perguntar a qualquer corte com jurisdição se há ou não um compromisso arbitral mandatário.”

10 Por conta da extensão dos dispositivos, abstenho-me de citá-los na íntegra, remetendo o leitor à página da AAA na internet: <<http://www.adr.org/sp.asp?id=34623>>.

requeridas pelas partes. Da leitura desses preceitos, verifiquei que, embora esse mecanismo seja interessante, pois supre uma das deficiências atribuídas à arbitragem (a inexistência de procedimentos para casos de urgência), deve-se destacar que não é capaz de se mostrar mais eficiente do que o procedimento usualmente adotado pelas partes: o recurso aos órgãos judiciais, dos quais se pode obter um pronunciamento imediato, *inaudita altera parte* e vinculante (YESILIRMAK, 2005, p. 1-18). Não obstante esse fato, é interessante a previsão de cláusula que estabeleça um procedimento de urgência para a arbitragem nos casos em que o Banco Central do Brasil, embora não necessite de recorrer ao órgão judicial competente, apresente demanda que mereça solução expedita.

2.4 Mediação como mecanismo eficaz de solução de controvérsias

Ainda na palestra de Martinez, foi comentada a grande utilidade que tem mostrado a mediação na solução de controvérsias. Segundo o expositor, tem crescido significativamente o número de lides resolvidas em mediação, etapa prévia à arbitragem, segundo o Regulamento de Arbitragem Internacional da AAA (AAA, 2009). Considerando o menor custo desse procedimento,¹¹ que, por definição, não é conflituoso, julgo pertinente que as cláusulas arbitrais presentes nos contratos internacionais celebrados pelo Banco Central do Brasil prevejam uma etapa inicial de mediação, após a qual, pendente a controvérsia, passar-se-á à arbitragem.

2.5 Recomendações para arbitragens com múltiplas partes

Merecem ser sublinhadas, também, as considerações tecidas por Roque Caivano (CAIVANO, 2009), gerente jurídico da Câmara Arbitral da Bolsa de Cereais de Buenos Aires, acerca das arbitragens com partes ou relações jurídicas múltiplas,¹² denominadas, genericamente, “arbitragens multipartes”.

11 Cf., por exemplo, o disposto no parágrafo 17 do Regulamento de Mediação Internacional da AAA (AAA, 2009).

12 A palestra baseou-se em artigo publicado por Caivano na *Revista Peruana de Arbitraje* (CAIVANO, 2007).

O assunto é de interesse do Banco Central do Brasil na medida em que, não raro, a autarquia ingressa em mais de uma relação jurídica com uma parte ou se vê com duas ou mais partes em uma mesma relação jurídica.

As recomendações feitas por Caivano dirigem-se a prevenir problemas relativos: *i)* ao alcance do compromisso arbitral; e *ii)* aos procedimentos que serão observados na arbitragem.

Quanto ao primeiro, vale distinguir as situações em que há apenas um instrumento contratual, contendo diversas relações jurídicas, daquelas situações em que há vários contratos. Nos casos em que há apenas um contrato e diversas relações jurídicas, é importante identificar todas as partes e interessados para vinculá-las à cláusula compromissória. Nas situações em que existem diversos contratos, importa atentar para que as cláusulas compromissórias obriguem a todas as partes e para todas as matérias.

No que tange aos aspectos processuais, duas são as problemáticas principais: *i)* a possibilidade de acumulação de ações e *ii)* a integração do tribunal arbitral. A primeira refere-se à possibilidade de serem submetidas ao mesmo tribunal arbitral mais de uma demanda, oriundas de contratos distintos, entre mais de duas partes e acerca de relações econômicas diferentes. Se as questões jurídicas envolvidas na possibilidade de julgamento conjunto de demandas com essas características têm soluções relativamente estabilizadas nas causas submetidas aos órgãos judiciais, o mesmo não ocorre na arbitragem, tendo em vista sua natureza consensual e os limites da competência do tribunal arbitral, que abrange exclusivamente as partes em litígio e as matérias que foram submetidas a seu conhecimento.

Alguns requisitos são necessários, pois, para que um mesmo tribunal arbitral possa examinar demandas entre partes distintas ou que envolvem mais de uma relação econômica. Assim é que os contratos firmados pelas partes, quando distintos, devem ostentar a mesma redação para a cláusula compromissória, ou, se apresentarem redações diferentes, ser compatíveis. Além disso, vale observar que as pretensões devem ter aspectos de conexão, normalmente relativos à mesma relação econômica, e que o tempo entre a apresentação dos pleitos não seja muito dilatado.

A integração do tribunal arbitral, por sua vez, é a harmonia entre as cláusulas compromissórias no que diz respeito à indicação de árbitros para compor o

tribunal. Em caso de arbitragem com múltiplas partes, é fundamental que, se algumas partes tiverem o direito de apontar árbitros de sua preferência, todas o tenham, o que gera a necessidade de que o tribunal tenha número de árbitros suficiente para permitir essa escolha. Afirmou o palestrante que já ocorreram situações, como o famoso caso Dutco (GAILLARD, 1999, p. 468-470), em que havia mais de duas partes na arbitragem e duas delas, que estavam no mesmo polo da demanda, foram obrigadas a indicar apenas um árbitro, o que resultou em desequilíbrio entre as partes e, conseqüentemente, na anulação da sentença arbitral proferida pelo tribunal.

A lição retirada desse caso foi que as partes devem ser tratadas igualmente no momento de escolha dos árbitros, devendo, cada uma, ter o direito de fazer sua indicação. Dessa forma, se as cláusulas compromissórias não forem harmônicas o suficiente para permitir a composição de um tribunal arbitral com a manifestação de todas as partes, deve-se delegar o poder à instituição encarregada de administrar o procedimento ou, caso se trate de arbitragem *ad hoc*, formalizar compromisso arbitral específico para as demandas que se pretende ver decididas em conjunto.

3 Conclusão

Demonstrou-se, pois, que muitas foram as contribuições trazidas pela *I Conferencia Latinoamericana de Arbitraje* para as discussões jurídicas travadas no cotidiano da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Monetária e Internacional (Copin), da Procuradoria-Geral do Banco Central. Como exemplo, podem ser mencionadas a fundamentação doutrinária e prática que embasa a reformulação da cláusula-padrão de arbitragem internacional adotada pelo Banco Central do Brasil para os contratos relativos às aplicações das reservas oficiais do país, as considerações atinentes à teleologia do Regulamento de Arbitragem da ICC e às medidas de urgência em procedimentos arbitrais, bem como as recomendações sobre a conveniência de adoção da mediação como etapa prévia à arbitragem e sobre a redação de cláusulas compromissórias sob o ponto de vista das arbitragens com partes e relações jurídicas múltiplas.

Referências

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION – AAA. **Procedimentos para a Resolução de disputas internacionais**: incluindo o Regulamento de Mediação e o Regulamento de Arbitragem. 1º de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.adr.org/sp.asp?id=34623>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

ARRIGHI, Paul. Principios del arbitraje CCI y legislaciones sudamericanas. In: Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, 1., 2009, Assunção. **Anais...** Assunção: CEDEP, 2009. 1 CD-ROM.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. v. 2. Haia: Kluwer Law International, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de setembro de 1996, p. 18897. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 20 jun. 2009.

_____. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional n. 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de dezembro de 2004, Seção 1, p. 9. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 jun. 2009.

_____. Conselho Monetário Nacional. **Resolução n. 3.672**, de 17 de dezembro de 2008. Estabelece critérios e condições especiais para a realização de operações de empréstimo em moeda estrangeira de que trata a Medida Provisória nº 442, de 2008, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2008, Seção 1, p. 52. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharSumula.do?method=detalharSumula&N=108121835>>. Acesso em: 18 jun. 2009.

CAIVANO, Roque. Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples. **Revista Peruana de Arbitraje**, n. 4. Lima: Grijley, 2007. p. 65-120.

_____. Arbitraje multipartes. In: Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, 1., 2009, Assunção. **Anais...** Assunção: Cedep, 2009. 1 CD-ROM.

DERAINS, Yves; SCHWARZ, Eric. **A Guide to the ICC Rules of Arbitration**. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 2005.

GAILLARD, Emmanuel *et al.* **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.). Haia: Kluwer Law International, 1999.

GARNER, Bryan A (ed.). **Black's Law Dictionary**. 7. ed. St. Paul, Minnesota, EUA: West Group, 2000.

GARRO, Alejandro. Aspectos del arbitraje institucional. In: Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, 1., 2009, Assunção. **Anais...** Assunção: Cedep, 2009. 1 CD-ROM.

ICC. International Chamber of Commerce. **Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce**. 1º de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4093/index.html>>. Acesso em: 18 jun. 2009.

MARTINEZ, Luiz M. Novedades en arbitrajes de la ICDR y del CIAC que afectan a Latinoamérica. In: Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, 1., 2009, Assunção. **Anais...** Assunção: Cedep, 2009. 1 CD-ROM.

UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law. **Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law**. 28 de abril de 1976. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html>. Acesso em: 18 jun. 2009.

YESILIRMAK, Ali. **Provisional Measures in International Commercial Arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 2005.

Análise das Questões Jurídicas Envolvidas em um Financiamento Imobiliário

José Eduardo Ribeiro de Assis*

1 Introdução. 2 O caso concreto. 3 Do indexador utilizado. 4 Dos juros praticados no contrato. 5 A aplicação da tabela Price e o anatocismo. 6. Conclusões.

Resumo

Analisa a evolução de um financiamento imobiliário em uma economia com altas taxas de inflação. Utiliza-se a análise concreta de um caso real, no qual o pagamento de todas as prestações não foi suficiente para extinguir a dívida. Procurou-se analisar todas as variáveis envolvidas, como taxa de juros, índices de correção e sistemas de amortização, de forma a procurar identificar a causa das distorções detectadas ao final do financiamento. A conclusão indica que a adoção do sistema *Price* não é a causa dos problemas identificados, mas sim a disparidade de períodos de reajuste do saldo devedor e das prestações ajustadas.

Palavras-chave: Financiamento. Sistema *Price*. Juros. Correção monetária.

* Procurador do Banco Central. Especialista em Direito Privado (UFF/RJ) e em Direito Empresarial (PUC/RJ), mestre em Direito das Relações Econômicas (UGF/RJ) e doutor em Direito e Economia (UGF/RJ).

Abstract

The goal in this assignment is to analyse the evolution of a real state loan in an economy with high inflation rates. The option chosen was analyse an actual case, where the payment of all the instalments was not enough to zeroe the debt's balance. All the variables involved were analysed in order to identify the actual cause of the distortions detected at the final balance of the loan. The conclusion reached indicates that the source of the problem was not the adopted Price System. The cause of the problem was rather the disparity among the periods of adjustment of the debt's balance and the adjusted installments as well.

Keywords: Real state loan. Price system. Inflation.

1 Introdução

O presente estudo tem por finalidade analisar o desenvolvimento de um financiamento imobiliário concedido em 1989 e com término em 2009. A situação fática é interessante porque o mútuo foi celebrado em período de alta inflação e plena indexação da economia, tendo, contudo, seu termo em uma economia estabilizada e com taxas inflacionárias comedidas. O contrato foi ajustado em cruzados novos e terminou em reais, passando ainda pelo cruzeiro (1990) e pelo cruzeiro real (1993). Temos aqui uma análise dos efeitos concretos da vacilante política monetária (pautada por planos de estabilização) que permeou o Brasil a partir da década de 1980 até a implementação do Plano Real. Não obstante o transcurso de vinte anos da colocação em prática desse plano, o problema continua atual, até porque vários outros contratos anteriores a ele ainda se encontram em execução. Como dito por Letácio Jansen (2009, p. 26), as obras de Direito Monetário são abundantes no Brasil, não obstante “fiquem logo esquecidas quando sobrevém a estabilidade, fenômeno que também ocorreu no Brasil, nas décadas de 1970 e 1980”. Apesar de estável, a economia brasileira ainda não permite esquecer seu passado próximo.

Outro fator a ser considerado no caso concreto é uma dualidade típica da realidade jurídica brasileira. O financiamento, na perspectiva do agente financeiro,

é uma operação bancária normal, um simples contrato bilateral, comutativo e paritário. É só um empréstimo que deve ser pago. Já na perspectiva do mutuário, há uma clara conotação social: o contrato é um instrumento para a satisfação do **sonho da casa própria**. A partir da década de 1960, com a criação do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), cria-se um aparato jurídico para incrementar o financiamento imobiliário, sendo que “por trás das novas medidas está a intenção de demonstrar a sensibilidade do novo regime às necessidades das massas despertadas politicamente no Governo Goulart” (SOUZA, 2004, p. 54). Isso justifica uma forte intervenção no equilíbrio contratual que, em última instância, será a causa das distorções apuradas.

Essa tentativa de conciliar situações antagônicas, com princípios diametralmente opostos, levou o Eg. STJ a, em determinado momento, de forma quase uníssona, afirmar que o montante do saldo devedor (*rectius*: da dívida do mutuário) deveria ser corrigido de acordo com os mesmos critérios de reajuste das prestações, de forma a não gerar nenhum ônus adicional ao mutuário.¹

1 “DIREITO CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL VERSUS CLÁUSULAS DE REAJUSTE PELOS ÍNDICES APLICADOS À POUPANÇA LIVRE.

1 – Nos contratos regidos pelo sistema financeiro da habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos:

a) o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico;

b) o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento as necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade;

c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário não só decorrente da sua fragilidade (*sic*) financeira, mas, também, pela (*sic*) ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte;

d) o de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato.

2 – Há de ser considerada sem eficácia e efetividade contratual que implica em (*sic*) reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados as cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do plano de equivalência salarial.

3 – Recurso provido.” (REsp 85.521/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/4/1996, DJ 3/6/1996, p. 19219).

“DIREITO CIVIL - CONTRATO DE MÚTUO - SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL - REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES MENSAS E DO SALDO DEVEDOR.

....

Não prevalece a cláusula contratual que estabelece a atualização do saldo devedor pelo coeficiente de remuneração básica aplicável às contas vinculadas do FGTS. A exemplo das prestações mensais, também o saldo devedor há de ser reajustado pelo Plano de Equivalência Salarial.

Recurso improvido.” (REsp 194.932/BA, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/3/1999, DJ 26/4/1999, p. 59).

“ADMINISTRATIVO – SFH – REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES E DO SALDO DEVEDOR – PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (PES) – INAPLICABILIDADE DA TR – ADIN 493-0/STF – VANTAGENS PESSOAIS INCORPORADAS DEFINITIVAMENTE AO SALÁRIO – INCLUSÃO NO CÁLCULO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – RISTJ, ART. 255 E PARÁGRAFOS – SÚMULA 13/STJ – PRECEDENTES STJ.

– Nos contratos vinculados ao PES, o reajustamento das prestações deve obedecer à variação salarial dos mutuários, a fim de preservar a equação econômico-financeira do pactuado.” (REsp 140.839/BA, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/1999, DJ 21/2/2000, p. 112).

Em outras palavras, a ideia da equivalência salarial não deveria ficar restrita apenas ao reajuste das prestações, mas também à evolução do saldo devedor do financiamento. Tal entendimento sem qualquer dúvida levaria à bancarrota todas as instituições financeiras envolvidas com crédito imobiliário no país, tanto que o entendimento da mesma corte hoje – certamente após uma análise dos efeitos econômicos de tal posição – é substancialmente diverso.²

A consequência imediata da dualidade acima apontada é a discrepância nos critérios de aplicação da correção monetária: o saldo devedor é corrigido mensalmente, eis que os recursos para financiamento imobiliários estão atrelados à caderneta de poupança, que remunera de forma mensal;³ por outro lado, as prestações mensais são corrigidas de forma semestral, para coincidir com os reajustes salariais da época. Buscava-se, dessa forma, evitar um aumento do comprometimento da renda do mutuário ao longo do financiamento.

“Sistema Financeiro de Habitação. Plano de Equivalência Salarial. Reajuste das prestações e do saldo devedor. Precedentes da Corte.

1. A cláusula que estabelece submeter-se o financiamento ao Plano de Equivalência Salarial, deve ser respeitada, não podendo aplicar-se índice diverso para o reajuste do saldo devedor.” (REsp 229.463/BA, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 31/8/2000, DJ 23/10/2000, p. 135).

“Sistema Financeiro de Habitação. Reajustamento vinculado ao Plano de Equivalência Salarial. Saldo devedor. Jurisprudência da Corte.

1. Considerando as instâncias ordinárias que o contrato está subordinado ao Plano de Equivalência Salarial, reajustadas as prestações com base nos aumentos salariais da categoria profissional do mutuário, o saldo devedor, na linha de precedentes da Corte, não pode ser reajustado por índice diverso. No caso, mantém-se o INPC, fixado na sentença, porque não houve recurso do autor.” (REsp 331.362/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/6/2002, DJ 14/3/2005, p. 318).

“CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. A jurisprudência da Turma, ressalvado o entendimento deste Relator, é no sentido de que o saldo devedor do mútuo hipotecário deve ser reajustado com base na equivalência salarial, sempre que este for o critério adotado para o reajuste das prestações mensais. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 432.594/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/9/2002, DJ 16/12/2002, p. 319). “SFH. Plano de equivalência salarial. Correção do saldo.

Adotado o plano de equivalência salarial, em contrato celebrado antes da Lei 8.692/97, é esse o critério para a correção do saldo devedor. Precedentes. Recurso conhecido e provido.” (REsp 432.402/BA, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 3/4/2003, DJ 13/9/2004, p. 243).

2 “O PES somente se aplica para o cálculo das prestações mensais a serem pagas pelo mutuário, sendo incabível a sua utilização como índice de correção monetária do saldo devedor, o qual deverá ser atualizado segundo o indexador pactuado, em obediência às regras do SFH.” (AgRg no REsp 1097229/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/4/2009, DJe 5/5/2009).

“A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a aplicação do PES refere-se apenas às prestações mensais, e não ao reajuste do saldo devedor.” (AgRg no REsp 933.393/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/2/2009, DJe 23/3/2009).

“O Plano de Equivalência Salarial – PES somente se aplica para o cálculo das prestações mensais a serem pagas pelo mutuário, sendo incabível a sua utilização como índice de correção monetária do saldo devedor.” (AgRg no REsp 957.604/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 1º/12/2008).

3 “As pontas de **captação e aplicação**, no âmbito do sistema financeiro, só conseguem funcionar em íntima e harmônica interação. Por isso, todas as operações realizadas, em qualquer delas, obedecem a um conjunto de regras básicas idênticas, que neste trabalho englobaremos sob a denominação de **princípio da compatibilidade**. Esse princípio, usual no mercado financeiro, equivale ao **princípio da isonomia**, consagrado pela Constituição Federal”. (CANÇADO, 2000, p. 28). (grifos do autor).

2 O caso concreto

A operação consistia em um financiamento imobiliário com as seguintes características:

- a) valor mutuado de NCz\$95.000,00, em 30/7/1989;
- b) pagamento em 240 meses;
- c) juros de 7% ao ano;
- d) correção do saldo devedor pela Unidade Padrão de Capital (UPC);
- e) utilização da denominada tabela *Price*;
- f) inexistência da previsão contratual da denominada **equivalência salarial**, que limitava o reajuste das prestações ao mesmo índice do reajuste da categoria salarial do mutuário;
- g) todas as prestações foram pagas pontualmente na data do vencimento;
- h) reajuste semestral das prestações; e
- i) reajuste mensal do saldo devedor.

Tal empréstimo possibilitou a aquisição de um imóvel de dois quartos na zona oeste do Rio de Janeiro, em um empreendimento de classe média baixa.

A inexistência da previsão da **equivalência salarial** é interessante porque isso geraria um ingrediente a mais na prestação mensal (o pagamento do valor devido ao Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS), o que poderia distorcer os valores pagos.

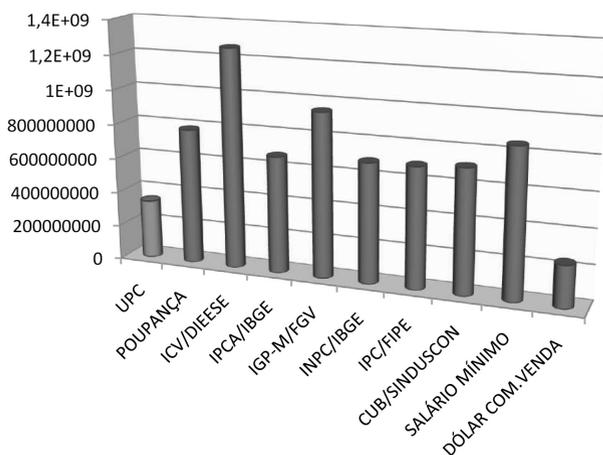
Não obstante o adimplemento de todas as prestações pagas, ao final do período previsto no contrato (em julho de 2009), restava ainda um vultoso saldo devedor não pago, o que inequivocamente configura uma distorção na execução do contrato. De fato, tendo o prévio conhecimento de todos os elementos do contrato (taxa de juros, indexador utilizado, periodicidade de reajustes, etc.) e escolhido um sistema de amortização (no caso, a tabela *Price*), há que se pressupor que a expectativa das partes contratantes é que o pagamento pontual de todas as prestações implique a quitação integral da dívida. Não se espera que o advento do termo final demonstre um substancial valor da dívida ainda não pago. É justamente para tentar entender a causa desta **distorção contratual** (a existência de um saldo devedor pendente ao final do pagamento de todas as parcelas contratadas) que passaremos a analisar as diversas variáveis envolvidas na questão.

3 Do indexador utilizado

O contrato previa a correção do saldo devedor de acordo com a variação da UPC. Trata-se de indexador criado especificamente com esta finalidade: reger os contratos de financiamento habitacional, em uma época de alta inflação.⁴

Seria a UPC causadora da distorção apontada? O gráfico 1 faz a comparação de diversos índices entre as datas de 30.7.1989 a 30.7.2009, justamente o período contratual. Como se observa, a variação da UPC (de incriveis 339.926.120,2%) foi substancialmente menor que a dos índices mais conhecidos.

Gráfico 1 – Variação dos principais índices no período



Durante o período de vigência do contrato, a UPC esteve atrelada ao indexador utilizado para a correção das cadernetas de poupança. De fato, afirma o Decreto nº 94.548, de 2 de julho de 1987, no seu artigo 2º, que “a Unidade Padrão de Capital – UPC passa a ser atualizada mediante aplicação do índice de atualização dos saldos dos depósitos de poupança livre, para fins de reajustamento de saldos devedores e de prestações vinculadas a essa unidade”.

4 “Vale dizer, tendo-se como certo que a mobilização de recursos para aplicação no longo prazo – como são as aplicações em habitação – é incompatível com regimes inflacionários, criou-se, para o setor, uma conjuntura artificial de preços, mais ou menos estáveis, onde tudo se passa como se não houvesse o fenômeno e a moeda não experimentasse, ao longo do tempo, o impacto da desvalorização. E onde nem o credor perderia nem o devedor se beneficiaria com a ambiência econômica. Estabeleceu-se até, para esse fim, uma convenção monetária peculiar ao sistema – a Unidade Padrão de Capital (UPC), cujo valor é variável em função da desvalorização da moeda (art. 52, §§ 1º e 2º da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964).” (LIMA, 1972, p.118).

Ficava, então, preservado o princípio da compatibilidade entre a as duas pontas da operação financeira – o que, por si só, já legitimaria a adoção desse índice.

Com a edição da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, ficou determinado que:

Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

I – como remuneração básica, por taxa correspondente acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;

II – como adicional, por juros de meio por cento ao mês.

A partir de então, a UPC passou a acompanhar a variação da TR.

4 Dos juros praticados no contrato

O contrato previa uma taxa de juros anual de 7%.

Podemos observar que a taxa de juros é substancialmente inferior à praticada nas operações realizadas nas denominadas carteiras hipotecárias das instituições financeiras ou mesmo dentro do SFH. A Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, previa uma taxa de até 10% (art. 6º, e). Posteriormente, a Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993, que criou o denominado Plano de Comprometimento de Renda, previu juros de 12% ao ano.

A taxa de juros, evidentemente, é o fator mais relevante na apuração do *quantum* pago no financiamento. A tabela abaixo simula os efeitos da supressão da TR e da redução da taxa de juros em um financiamento de R\$100,00, pagos em quinze anos, pela da tabela *Price* (tabela 1).

Tabela 1 – Efeitos da supressão da TR e da redução das taxas de juros

Juros (ao ano)	Valor pago (x R\$ 1000)	Diferença (em R\$ 1000)
TR + 12%	240	...
12%	209	31
11%	198	42
10%	189	51
9%	179	61
8%	169	71

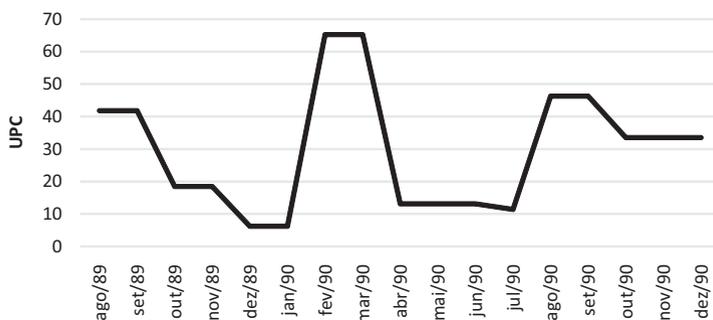
Como se observa, a simples redução de um ponto percentual impacta de forma relevante o valor pago pelo mutuário. Podemos então concluir que a baixa taxa de juros pactuada somente favoreceu o mutuário.

5 A aplicação da tabela Price e o anatocismo

Aplicando-se a tabela *Price* ao nosso exemplo concreto, temos uma prestação inicial de NCz\$736,53 (com vencimento em 30/8/1989). Contudo, antes da amortização dessa prestação, foi feita a correção do saldo devedor, o que o elevou para NCz\$122.312,51. A parcela de juros (NCz\$713,62) praticamente coincidiu com o valor da prestação – o que significa dizer que muito pouco foi amortizado.

A partir do segundo mês, temos a ocorrência da denominada **amortização negativa**: o valor do pagamento mensal é insuficiente mesmo para quitar os juros contratuais – repita-se, substancialmente inferiores aos de mercado. Isso se deve ao fato da correção mensal do saldo devedor e do reajuste apenas semestral dos pagamentos. Há uma evidente depreciação do valor das parcelas mensais, como podemos ver ao se converterem os pagamentos mensais em UPCs (gráfico 2).

Gráfico 2 – Evolução dos pagamentos em UPCs



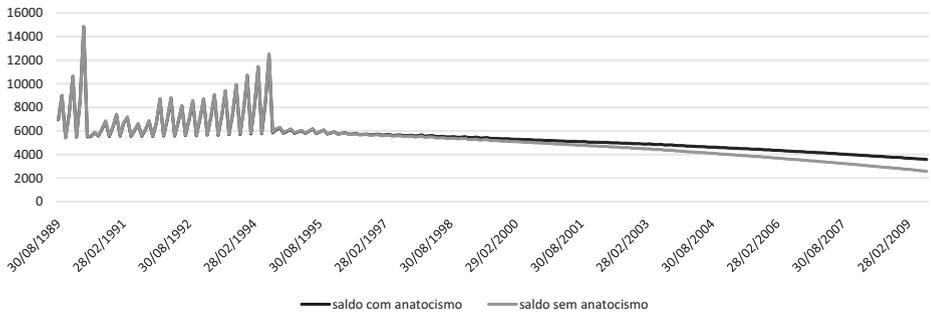
Utilizando-se a variação do dólar comercial (para venda), podemos afirmar que a parcela de agosto de 1989 equivalia a US\$266,85, enquanto a parcela paga em janeiro de 1990 valeria US\$42,64 – uma depreciação de cerca de 84%.

Aqui já podemos identificar a causa maior das distorções que serão constatadas na evolução do financiamento: a disparidade entre os períodos de reajuste do

saldo devedor e dos pagamentos mensais. Em uma economia indexada e com altas taxas de inflação, o problema se agrava sobremaneira.

A depreciação do poder liberatório das parcelas mensais tem como consequência natural o crescimento do saldo devedor, como podemos observar no gráfico 3.

Gráfico 3 – Evolução do saldo devedor em UPCs



Observe-se que no gráfico 3 convertemos o saldo devedor do financiamento em UPCs, eis que as trocas de moedas ao longo do financiamento distorceriam os valores apurados.

É costume atribuir as mazelas em casos como este à utilização da tabela *Price*, o que também caracteriza um crasso equívoco. Afirma-se que a tabela *Price* implicaria em anatocismo, discurso que ganhou voz na doutrina⁵ – ainda que de

5 “...e assim confirmar mais uma vez a afirmativa de que a Tabela Price implica necessariamente na capitalização de juro, ou seja, *anatocismo*, ou ainda, *juro composto*...” (NOGUEIRA, 2002, p. 194.). “Isto significa que os consumidores que adquiriram e adquirem bens de consumo (móveis e imóveis) mediante o financiamento em prestações pelo Sistema *Price*, adotado pelo mercado financeiro, sofrem o desequilíbrio contratual de duas formas distintas. A primeira, por ocasião da contratação, com a imposição de prestações desproporcionais, em decorrência da capitalização de juros no cálculo das prestações mensais; a segunda, a excessiva onerosidade na execução do contrato, com a incidência da capitalização de juros no valor das prestações e no cálculo do saldo devedor do financiamento, restando destruída a equivalência entre as prestações.” (FIGUEIREDO, 2004, p. 12). “Quando assim feito, não resta espaço para a menor sombra de dúvida, então volto a repetir, até este ponto somente utilizamos a matemática para comprovar que a Tabela *Price* capitaliza os juros.” (ROVINA, 2009, p. 49). “O leitor perceberá claramente que a curiosa homenagem brasileira feita a *Price* seria, unicamente, para encobrir a verdadeira denominação que o próprio Richard Price deu a suas tabelas: *Tables of compound interest* ou ‘tabelas de juro composto’, pois se fossem conhecidas como o próprio criador as denominou seriam imediatamente proibidas no Brasil pela Lei de Usura (Dec. N. 22.626/33) e pela súmula 121 do Supremo Tribunal Federal.” (BAPTISTA2008, p. 49). “A conclusão é que, no sistema da Tabela *Price*, os juros são compostos, caracterizando o anatocismo, o que esbarra na redação do art. 4º da Lei de Usura.” (RAZUK, 2005, p.34). “O reconhecimento da evidência matemática, que indica a capitalização de juros no sistema francês de amortização e a necessária relação dessa evidência com a proibição do art. 4º do Decreto 22.626/33 e do art. 591 do Código Civil de 2002, passou pela dificuldade de o jurista compreender os preceitos matemáticos em razão do ordenamento jurídico. Recentemente, os tribunais vêm identificando esses aspectos e coibindo o uso da *tabela price*, providência salutar tendo em vista os funestos efeitos sociais da sua aplicação.” (SCAVONE JÚNIOR, 2003, p. 163).

forma não unânime⁶ – e na jurisprudência. O denominado sistema *Price* nada mais é do que um **plano de pagamentos**, assim como tantos outros existentes no mercado (SAC, Sacre, etc.), com uma grande vantagem – é o único em que as prestações são iguais⁷ ao longo do financiamento.

Mais importante ainda é dizer que no Brasil **não se aplica o sistema *Price* de forma correta**. Ele pressupõe uma economia estabilizada e desindexada, com juros prefixados. Em uma economia indexada como a nossa, o reajuste mensal do saldo devedor deveria ser acompanhado de um reajuste também mensal das prestações, o que jamais acontecia. Nesse sentido, afirma Márcio Antônio Rocha (2005, p. 28) que:

Daí já é possível perceber que nos contratos de SFH, por apresentarem descasamento de índices de correção do saldo devedor e prestação, na realidade não há real aplicação do Sistema *Price*, pois este exigiria uma prestação única, válida para toda a série de pagamentos, e caso sofresse correção monetária, essa deveria ocorrer no mesmo percentual para a prestação e para o saldo devedor.

Outra prática comum é atribuir a existência dos saldos devedores residuais à prática do anatocismo. É uso corrente na doutrina e na jurisprudência tratar como sinônimos a ideia de juros compostos, juros capitalizados e anatocismo, não obstante o conceito de anatocismo ser substancialmente diverso.⁸

No gráfico 3, trabalhamos com as duas hipóteses discutidas na jurisprudência: *i*) na primeira, denominada **com anatocismo**, os valores de juros não pagos

6 “Nas diversas ocasiões em que, como perito do juízo, tivemos que nos posicionar a respeito, sempre defendemos a tese da não-existência de capitalização pela utilização da Tabela *Price*, admitindo a possibilidade somente quando da ocorrência de amortização negativa, ocasionada pela aplicação de indexadores diferenciados para reajuste dos encargos e atualização do saldo devedor.” (PENNA, 2007, p. 76).

7 Muitos buscam a legitimação do sistema *Price* na Lei nº 4.380, de 1964 (que “Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências”), já que o seu artigo 6º, letra c, prevê que “ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, seja amortizado em prestações mensais sucessivas, **de igual valor...**” (grifo nosso). Somente o sistema *Price* pode permitir prestações de valores iguais.

8 “A rigor, todavia, vale ressaltar que, muito embora a cobrança de juros compostos seja, amiúde, tratada como sinonímia da cobrança de juros sobre juros e da prática de anatocismo, essa equiparação vocabular constitui impropriedade terminológica. Etimologicamente, o vocábulo anatocismo compõe-se pela amálgama de duas palavras de origem grega: *ana* (que significa novamente, em cima de) e *tokismos* (que representa cobrança de juros). A capitalização de juros verificada na aplicação do conceito de juros compostos pressupõe, com efeito, a existência de juros vencidos, ou seja, vale dizer, no final do período de geração dos juros periódicos convencionados, quando os juros pactuados efetivamente converteram-se em capital. A cobrança de juros sobre juros, prática conhecida como anatocismo, tem pressuposto e substrato fático distintos, tendo-se em vista que permite a incidência da taxa contratada sobre juros ainda não vencidos.” (TALAVERA, 2009, p. 119).

nos meses em que houve **amortização negativa** foram incorporados ao saldo devedor – e passaram a ser base para nova incidência de juros; nessa situação, a jurisprudência tem afirmado que fica caracterizado o anatocismo⁹; e *ii*) na segunda, denominada **sem anatocismo**, tais valores (de juros não pagos nos meses em que houve amortização negativa) foram colocados em uma conta à

9 “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. FCVS. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. TABELA PRICE. LANÇAMENTO DOS JUROS NÃO PAGOS EM CONTA SEPARADA, COMO MEIO DE SE EVITAR A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. APLICAÇÃO DA TR PARA A ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. NÃO EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 207/STJ. CES. QUESTÃO DECIDIDA MEDIANTE ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5/STJ.

1. A utilização do Sistema Francês de Amortização (Tabela Price) pode ensejar a cobrança de juros sobre juros, como, por exemplo, na hipótese de amortização negativa do saldo devedor.

2. Tal situação é explicada pelo descompasso existente entre a correção monetária do saldo devedor, normalmente com base nos índices aplicáveis à caderneta de poupança, e a atualização das prestações mensais, nos moldes definidos no Plano de Equivalência Salarial – PES –, ou seja, de acordo com a variação salarial da categoria profissional do mutuário. Nessa sistemática, o valor da prestação, frequentemente corrigido por índices inferiores aos utilizados para a atualização do saldo devedor, com o passar do tempo, tornava-se insuficiente para amortizar a dívida, já que nem sequer cobria a parcela referente aos juros. Em consequência, o residual de juros não pagos era incorporado ao saldo devedor e, sobre ele, incidia nova parcela de juros na prestação subsequente, em flagrante anatocismo. A essa situação deu-se o nome de amortização negativa.

3. Diante desse contexto, os Tribunais pátrios passaram a determinar que o *quantum* devido a título de juros não pagos fosse lançado em uma conta separada, sujeita somente à correção monetária, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

4. Tal providência é absolutamente legítima, tendo em vista que a cobrança de juros sobre juros é vedada nos contratos de financiamento regulados pelo Sistema Financeiro de Habitação, ainda que livremente pactuada entre as partes contratantes, segundo o disposto na Súmula 121/STF, assim redigida: ‘É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.’

5. ‘A capitalização de juros, em qualquer periodicidade, é vedada nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, ainda que haja previsão contratual expressa, porquanto inexistente qualquer previsão legal, incidindo, pois, o enunciado 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal’ (AgRg no REsp 630.238/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 12/6/2006).

6. Não há falar, outrossim, em ofensa à norma que prevê a imputação do pagamento dos juros antes do principal, na medida em que os juros não pagos serão normalmente integrados ao saldo devedor, porém em conta separada, submetida somente à atualização monetária, como meio de se evitar a incidência de juros sobre juros.

7. No tocante à conta principal, a sistemática seguirá pela adoção da Tabela Price, conforme decidido pela Corte de origem, abatendo-se, em primeiro lugar, os juros, para, em seguida, amortizar o capital, mesmo porque ‘não é ilegal a utilização da tabela Price para o cálculo das prestações da casa própria, pois, por meio desse sistema, o mutuário sabe o número e os valores das parcelas de seu financiamento’ (REsp 755.340/MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 20/2/2006), ressalvadas as hipóteses em que a sua adoção implica a cobrança de juros sobre juros.” (REsp 1090398/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 2/12/2008, DJe 11/02/2009).

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SFH. CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL. ADOÇÃO DA TAXA REFERENCIAL – TR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. TABELA PRICE. ANATOCISMO. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Consoante entendimento pacificado desta Corte, não há vedação legal para utilização da TR como indexador do saldo devedor do contrato regido pelo Sistema Financeiro da Habitação, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança livremente pactuado (AgRg na Pet 4.831/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, CORTE ESPECIAL, DJ 27.11.2006).

2. Está pacificado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em definitivo, por maioria absoluta, o entendimento de que o índice aplicável ao reajuste do saldo devedor dos contratos de financiamento habitacional, relativamente ao mês de março de 1990, é de 84,32%, consoante a variação do IPC (EREsp n. 218.426/ES, CORTE ESPECIAL, DJU de 19.04.2004).

3. No Sistema Francês de Amortização, mais conhecido como tabela *price*, somente com detida incursão no contrato e nas provas de cada caso concreto é que se pode concluir pela existência de amortização negativa e, consequentemente, de anatocismo, vedado em lei (AGResp 543841/RN e AGResp 575750/RN). Precedentes da Terceira e da Quarta Turmas.

4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag 951.894/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008).

parte do saldo devedor, e sobre essa conta houve apenas a incidência de correção monetária, sem juros. Ao final do financiamento, essa conta foi somada ao saldo devedor para se apurar o saldo devedor total. É esse o procedimento tido por válido pelos nossos tribunais.¹⁰

Há uma evidente antipatia dos tribunais pelo regime de juros compostos,¹¹ como bem salientado por Marcos Cavalcante Oliveira (2006, p. 410), a saber:

É muito comum criticar-se a adoção do regime de taxa de juros compostos, sob o argumento que ele faz a dívida crescer muito mais depressa do que os juros simples, e há largo debate sobre o assunto na jurisprudência brasileira. É preciso enfatizar que a lógica dos juros simples pressupõe que o devedor paga a parcela de juros ao final de cada período. Se o devedor não paga essa parcela, surge um desequilíbrio econômico entre as partes, pois o credor fica privado da remuneração do seu capital no período, durante o qual o devedor pode reinvesti-lo sem ter de pagar ao credor o rendimento havido sobre a parcela dos juros.

Novamente cabe invocar o princípio da compatibilidade, eis que

10 “DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – AMORTIZAÇÃO NEGATIVA – CÔMPUTO DOS JUROS EM CONTA SEPARADA – LEGALIDADE.

1. Se a prestação paga pelo mutuário é inferior à parcela de juros que incide no período, surge o que se convencionou chamar amortização negativa, sendo legítimo o cômputo da diferença em conta separada, na qual deve incidir apenas correção monetária, como forma de se evitar o anatocismo.

2. Em relação à conta principal, todavia, deve ser observada a regra de imputação ao pagamento, prevista expressamente desde o Código Civil de 1916 (art. 993) e mantida no diploma atual (art. 354).

3. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 1069774/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/4/2009, DJe 13/05/2009).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LANÇAMENTO DOS JUROS NÃO PAGOS EM CONTA SEPARADA, COMO FORMA DE SE EVITAR A COBRANÇA DE JUROS SOBRE JUROS. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O inconformismo diz respeito à solução jurídica adotada pelo aresto impugnado, que, ao constatar a existência de anatocismo decorrente da amortização negativa, determinou que a parcela dos juros não paga seja acumulada em conta apartada, sujeita à correção monetária pelos índices contratuais, sem a incidência de novos juros.

2. Tal determinação é legítima e não ultrapassa os limites da lide; tão-somente explicita a fórmula para o afastamento da capitalização decorrente das amortizações negativas, não incidindo o acórdão em julgamento *extra-petita (sic)*. Precedente: AgRg no REsp 954.113/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 22/9/2008.

3. Agravo regimental não-provido.” (AgRg no REsp 1069407/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 11/2/2009).

11 “Por sua vez, os juros compostos (capitalizados) são aqueles devidos, já tendo sido vencidos, os quais periodicamente incorporam-se ao capital. São os chamados “juros de juros”. Soma os computados sobre o capital acrescidos dos juros já produzidos, ou seja, aqueles integrados ao capital periodicamente, visando produzir novos juros no período posterior. Trata-se do anatocismo ou capitalização de juros vedada por lei, a qual terá especial atenção *oportuno tempore*.” (BAPTISTA, 2008, p.33).

A disposição da capitalização tem um argumento lógico e que é aceito no Brasil pelas instituições financeiras: trata-se do fato de que, do ponto de vista do poupador – ou do depositante – ele está recebendo juros capitalizados. Não poderia ser prática equânime o poupador, por um lado, receber juros capitalizados, e o mutuário, por outro, pagar juros simples. (SADDI, 2007, p. 152).

Evidentemente, as duas situações geram valores diferentes. Ao final do financiamento, em 30/7/2009, o valor do saldo devedor variava entre 3.572,69 UPCs (com anatocismo) e 2.580,05 UPCs (sem anatocismo) – que daria um valor, em setembro de 2009, de R\$77.813,18 (com anatocismo) ou R\$56.193,48 (sem anatocismo). O anatocismo acarretou um acréscimo de 38,47% no saldo devedor. Ele agrava o problema, mas de fato quem faz nascer o saldo residual é a simples discrepância entre a periodicidade de reajustes das prestações e do saldo devedor.

6 Conclusões

Da análise dos dados expostos, podemos extrair as seguintes conclusões.

- a) A taxa de juros praticada – substancialmente inferior às taxas de mercado – não gerou qualquer distorção no financiamento.
- b) Da mesma forma, a adoção da UPC como indexador não tem nenhuma responsabilidade na criação do vultoso saldo devedor residual ao final do financiamento.
- c) A utilização da tabela *Price* também não é a causa da distorção apontada. Não obstante a evolução do financiamento tenha gerado amortizações negativas, tal fato não se deve à adoção da tabela *Price*, mas sim à disparidade de periodicidades de reajuste do saldo devedor e das prestações.
- d) A capitalização dos juros pode agravar o problema, mas também não é causa da existência do saldo devedor residual.
- e) De fato, é a adoção de periodicidades diversas para os reajustes do saldo devedor e das prestações que deu azo ao surgimento do saldo devedor

residual. É importante frisar que tal distorção ficou agravada pelos altos índices de inflação que foram apurados durante a maior parte do período de execução do contrato.

- f) Há um aspecto que é desconsiderado pela jurisprudência ao analisar casos como esse. Não obstante uma análise isolada do resultado apurado ao final do contrato pareça demonstrar uma onerosidade excessiva para o mutuário (afinal, ele pagou pontualmente todas as prestações e agora se depara com um expressivo saldo devedor residual), há que se observar que **ao longo da execução do contrato** ele lhe foi claramente benéfico. Como visto, há meses em que a prestação mensal sofreu um depreciação superior a 80%, e os reajustes da prestação praticados de forma semestral serviram, unicamente, para tentar recompor o valor da prestação ao equivalente no momento da contratação – repita-se, com a utilização de um indexador claramente favorável ao mutuário. O saldo devedor residual nada mais representa do que os valores que deveriam ter sido pagos ao longo do contrato, e que não o foram porque a legislação de proteção aos mutuários adquirentes de imóveis estabeleceu uma realidade contratual absolutamente incompatível com a realidade econômica do contrato.

Referências

- BAPTISTA, André Zanetti. **Juros, taxas e capitalização**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANÇADO, Romualdo Wilson; LIMA, Orlei Claro de. **Juros – correção monetária – danos financeiros irreparáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. **Tabela Price e capitalização de juros**. Curitiba: Juruá, 2004.
- JANSEN, Letácio. **A moeda nacional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- LIMA, Paulo B. de Araújo. **A correção monetária sob a perspectiva jurídica**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

- NOGUEIRA, José Jorge Meschiatti. **Tabela Price**. Campinas: Servanda, 2002.
- OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. **Moeda, juros e instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PENNA, Edson de Queiroz. **Tabela Price e a inexistência de capitalização**. Porto Alegre: AGE, 2007.
- RAZUK, Paulo Eduardo. **Dos juros**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- ROCHA, Márcio Antônio. **Sistema financeiro da habitação**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ROVINA, Edson. **Uma nova visão da matemática financeira**. Campinas: Millennium, 2009.
- SADDI, Jairo. **Crédito e judiciário no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Juros no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2003.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: RT, 2004.
- TALAVERA, Glauber Moreno. **Aspectos jurídicos controversos dos juros e da comissão de permanência**. São Paulo: RT, 2009.

O Processo Pendente de Julgamento Definitivo na Esfera Administrativa e a Aplicação da Multa de Importação

Lucas Alves Freire*

1 Introdução. 2 Breve histórico da multa de importação – Da ultratividade dos comandos da Lei nº 9.817, de 1999. 3 O recurso intempestivo e a protração da pendência do processo. 4 O reexame necessário de parcela do julgado e da definitividade do restante da decisão. 5 Conclusão.

Resumo

Tem por finalidade analisar as posições jurídicas alcançadas pela Procuradoria-Geral do Banco Central e pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional acerca do significado da expressão “irregularidades pendentes de julgamento definitivo nas instâncias administrativas”, contida no art. 126 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Assim, promove-se breve relato histórico da multa de importação, realçando-se as implicações, no caso, da sucessão de leis penais no tempo. Em seguida, são abordadas situações fáticas em que a entidade e o órgão responsáveis pela persecução administrativa se vêem diante de complexas questões jurídicas.

Palavras-chave: Multa de importação. Irregularidade pendente de julgamento definitivo. Recurso intempestivo. Recurso de ofício.

* Procurador do Banco Central. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Abstract

The present article aims to assess the legal conclusions reached by the General Counsel's Office and by the Administrative Board of Appeals of the National Financial System regarding the meaning of the expression "irregularities pending a final decision by the administrative instances", set forth in article 126 of the Federal Act n° 11.196, dated November 21st, 2005. Thus, it starts with a historical view of the import fine, pointing out the legal implications of the enactment of a series of regulations regarding the same subject throughout the time. Then, it analyses the situations in which the Central Bank and the Board of Appeals have to face complex legal questions when enforcing those regulations.

Keywords: Import fee. Irregularities pending a final decision. Delayed appeal. Mandatory appeal.

1 Introdução

Com o advento da Lei n° 11.196, de 21 de novembro de 2005, ganhou vida no mundo jurídico complexa discussão a envolver o real alcance semântico de expressão encartada em seu art. 126. Esse dispositivo buscou disciplinar a incidência, no tempo, das penalidades instituídas inicialmente pela Lei n° 9.817, de 23 de agosto de 1999, e, posteriormente, reguladas na Lei n° 10.755, de 3 de novembro de 2003. Segundo a dicção da nova norma, aplicar-se-iam às condutas praticadas na vigência da lei de 1999 o regramento trazido na lei posterior, desde que as infrações ainda se encontrassem "pendentes de julgamento definitivo nas instâncias administrativas".

À vista dessa realidade, o objetivo deste artigo é explicitar as conclusões alcançadas pela Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) e pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) sobre a correta interpretação a ser empregada ao conceito jurídico à luz das situações fáticas que se apresentaram, tecendo minhas próprias observações sobre o tema.

Para tanto, iniciarei por sucinta exposição dos atos normativos que deram origem à multa de importação, analisando a sucessão de leis ao longo da última

década à vista do direito administrativo sancionador. Em seguida, apresentarei as situações em que o emprego da expressão “pendentes de julgamento definitivo nas instâncias administrativas” tem dado causa a polêmicas, examinando os pronunciamentos até agora expedidos pelos órgãos e entidades competentes.

Ao final, exporei as posições que, a meu ver, melhor adéquam a atividade persecutória desenvolvida pela administração pública aos princípios e regras constantes do ordenamento jurídico brasileiro.

2 Breve histórico da multa de importação – Da ultratividade dos comandos da Lei nº 9.817, de 1999

Nos termos do art. 22, VII e VIII, da Constituição da República, compete privativamente à União legislar sobre câmbio e comércio exterior. Com base nessa disposição constitucional, foi editada a Medida Provisória nº 1.569, de 25 de março de 1997, que instituiu a multa de importação em seu art. 1º, tipificando a infração na forma seguinte:

Art. 1º Fica o importador sujeito ao pagamento de multa diária, sob a modalidade de encargo financeiro, a ser recolhida ao Banco Central do Brasil, quando:

I – contratar operação de câmbio fora dos prazos estabelecidos pelo Banco Central do Brasil;

II – efetuar o pagamento, em reais, de importação em virtude da qual seja devido o pagamento em moeda estrangeira;

III – efetuar pagamento, com atraso, das importações licenciadas para pagamento em reais;

IV – não efetuar o pagamento de importação até 180 dias após o primeiro dia do mês subsequente ao previsto para pagamento na Declaração de Importação.

As sucessivas reedições dessa medida provisória acabaram por dar origem à Lei nº 9.817, de 1999, que manteve, na íntegra, a tipificação estatuída na norma original. Posteriormente, esse ato normativo foi revogado pela Lei nº 10.755, de 2003, que, além de excluir do ordenamento jurídico as figuras típicas constantes dos incisos II e III *ut supra*, inaugurou, em seu art. 2º, tratamento mais benéfico

aos infratores no que tange ao cálculo da multa aplicada.¹ Em regra, contudo, as infrações cometidas sob a vigência da Lei nº 9.817, de 1999, continuaram a ser punidas com base nesse normativo, não incidindo na hipótese o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Isso porque, como se pode extrair da exposição de motivos da Lei nº 9.817, de 1999,² a imposição de tratamento penal rigoroso teve por intuito coibir a prática de infrações cambiais em um momento histórico (final dos anos 1990 e início dos anos 2000) em que o país enfrentava sérios problemas em sua balança de pagamentos.

Ora, o fundamento do princípio da retroatividade da lei benigna consiste no fato de que, uma vez que o Estado deixou de considerar ilícita determinada conduta (alteração da concepção jurídica do fato), ou mesmo abrandou o tratamento sancionador a ela conferido, razão não mais haveria para que se continuasse a punir, de forma mais severa, alguém pelo simples fato de ter praticado o crime no passado. Confere-se, desse modo, efetividade ao princípio da igualdade, segundo o qual não se pode levar em conta o critério temporal, por si só, como fator de discriminação.³

Em contrapartida, casos há em que a extra-atividade da norma penal se projeta no futuro (ultra-atividade), tendo aplicação a casos concretos normas que, estando em vigor quando da ocorrência da prática do ilícito, perderam posteriormente sua vigência. Essa é a regra inscrita no art. 3º do Código Penal Brasileiro, segundo a qual “a lei excepcional ou temporária, embora decorrido

1 Extinguiu-se, por exemplo, a possibilidade de cobrança de multa diária, tendo-se limitado o montante da penalidade a 100% do valor da operação ilícita.

2 “Considerando que as condições de prazos e custos para financiamento doméstico são significativamente piores, comparativamente às prevalentes no mercado externo, situação que, por si só, tende a estimular a opção pelo produto importado, a receita bruta das verbas domésticas de bens importados se transforma em capital de giro barato para o importador, ou permite que ele repase o financiamento externo ao consumidor, a prazos compatíveis, apropriando-se do diferencial de taxas de juros, o que evidentemente estimula ainda mais as importações.

A Medida Provisória que ora trago à elevada apreciação de Vossa Excelência tem por objetivo garantir a eficácia das novas regras relativas aos prazos para contratação de câmbio de importação, a serem editadas pelo Banco Central, com duplo propósito de, por um lado, equiparar o tratamento conferido a importações e exportações no que tange a adiantamentos e/ou atrasos em seus respectivos pagamentos e, por outro, evitar que diferenciais de taxas de juros internas e externas, bem como condições financeiras especialmente favoráveis disponíveis no exterior para seus produtores ou para compradores estrangeiros, resultem em desequilíbrio de tratamento entre estes e a produção nacional competitiva. [...]

Observa-se, ademais, que a falta de qualquer limitação aos capitais de curto prazo derivados dos financiamentos (‘lags’) na importação resulta em desequilibrar as condições de concorrência entre produtores nacionais e estrangeiros. Na medida em que as condições de financiamento são desiguais, havendo, com frequência, vantagens no tocante a prazos e taxas para os importadores, a produção nacional competitiva, mesmo quando oferece preços mais favoráveis, como amiúde, vê sua vantagem competitiva erodida pela presença de um fator alheio à esfera nacional.”

3 Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 32) defende magistralmente essa posição: “Em conclusão: tempo, só por só, é elemento neutro, condição do pensamento humano e por sua neutralidade absoluta, a dizer, porque em nada diferencia os seres ou as situações, jamais pode ser tomado como o fato em que se assenta algum tratamento jurídico desuniforme, sob pena de violência à regra da isonomia”.

o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência”.

As normas dotadas de ultra-atividade se caracterizam ou por regularem situações que, por sua excepcionalidade, exigem tratamento jurídico especial (normas excepcionais), ou por terem sido editadas para vigor por período de tempo previamente determinado (normas temporárias). Celso Delmanto (1991, p. 8) bem descreve seu conceito, *verbis*:

Leis excepcionais são as promulgadas para vigorar em situações ou condições sociais anormais, tendo sua vigência subordinada à duração da anormalidade que as motivou. Leis temporárias são as que têm tempo de vigência determinado em seus próprios dispositivos.

O intuito estatal, em ambos os casos, é o de instituir penalidades apenas àqueles que, na latência da circunstância especial ou no transcurso do prazo prefixado, tiverem infringido os comandos normativos específicos. Uma vez que tais normas percam a vigência, as condutas praticadas quando estavam elas em vigor continuam sujeitas às sanções penais cabíveis. Flávio Augusto Monteiro de Barros (2008, p. 145), denominando auto-revogação a perda de vigência das normas excepcionais ou temporárias, assim se manifesta sobre o tema:

Cumpra também salientar que a auto-revogação, por ter cessado o período de sua duração ou as circunstâncias que a determinaram, tem efeitos *ex nunc*. As infrações penais cometidas durante o período de vigência da lei não são revogadas, de modo que não há falar-se em *abolitio criminis*. Não há, destarte, auto-revogação em relação aos fatos ocorridos durante o período de vigência. A auto-revogação atinge apenas os fatos cometidos após expirado o prazo de vigência ou cessadas as circunstâncias excepcionais.

Assim, *e.g.*, se é editada lei prescrevendo o dever de apagar as luzes domésticas em período de guerra durante a noite, sob pena de prisão de um a quatro anos, e um indivíduo, durante o período beligerante, vem a infringir tal regra, a perda de vigência posterior dessa norma não ocasionará a *abolitio criminis* em relação ao delito, devendo ser aplicada a sanção devida.

Perceba-se que o fundamento do princípio da retroatividade da lei mais benéfica não se encontra presente nesses casos. O Estado deixa de punir

determinadas condutas por terem cessado, no presente, os específicos motivos que o levaram a fazê-lo no passado. Contudo, a valoração jurídica das condutas pretéritas em nada se modifica, é dizer, continua a existir o entendimento de que, nas circunstâncias anteriores, a violação aos preceitos das normas excepcionais ou temporárias sujeitaria o indivíduo à sanção punitiva. Não se pune o indivíduo apenas por ter praticado o ato em outro momento da história (o que consubstanciaria violação ao princípio da isonomia), mas porque o Estado continua a entender que a prática de tais atos, naquele período ou sob aquelas circunstâncias, constitui infração penal.

Pois os comandos insculpidos na Lei nº 9.817, de 1999, subsumem-se exatamente a essa hipótese. Criados para reger um específico momento histórico enfrentado pela realidade brasileira, seus comandos penais haveriam de projetar efeitos no futuro, permitindo-se, assim, que o Estado punisse todos que, à vista daquele especial contexto, tenham praticado atos contrários às regras vigentes.

A irretroatividade dos comandos benéficos da Lei nº 10.755, de 2003, foi a tese defendida, com robustos argumentos, pela PGBC, como se vê, por exemplo, no judicioso Parecer PGBC-129/2009 (PGBC, 2008).

Ocorre que, em 2005, veio a lume a Lei nº 11.196, de 2005, que, por intermédio de seu art. 126, alterou a redação do art. 1º, § 1º, da Lei nº 10.755, de 2003, dispositivo cujo teor passou a ser o seguinte:

Art. 1º [...]

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se também às irregularidades previstas na legislação anterior, **desde que pendentes de julgamento definitivo nas instâncias administrativas.** (grifo nosso).

Verifica-se, assim, que a norma delimitou, de modo expresso, o suporte fático de incidência do regramento da Lei nº 10.755, de 2003, o qual passaria a ser aplicado a todas as **irregularidades** pendentes de julgamento no dia da entrada em vigor da Lei nº 11.196, de 2005, ou seja, em 21 de novembro de 2005, independentemente de terem as infrações ocorrido antes ou depois de tal data.

Dessa sorte, para que o hermeneuta possa aferir se está ou não diante de hipótese de aplicação da sistemática de cálculo de multa mais benéfica, cabe a ele averiguar se, em 21 de novembro de 2005, a situação concreta submetida à sua análise se subsumiria ao conceito jurídico de “irregularidade pendente de

juízo definitivo nas instâncias administrativas”. Neste ponto é que surgem intrincadas questões a desafiar argumentativamente os operadores do direito envolvidos com a imposição das multas de importação. Nos últimos anos, duas situações, em especial, têm merecido atenção da PGBC, do CRSFN e dos advogados de administrados processados administrativamente.

Em primeiro lugar, discute-se o caso dos administrados que, antes da entrada em vigor da nova lei, impetraram recurso contra decisão punitiva do Banco Central (BC), vindo seu apelo a ser considerado intempestivo pelo CRSFN. Nessa hipótese, teria a coisa julgada administrativa ganhado existência já com a decisão de primeiro grau proferida pela autarquia? Ou a simples impetração do recuso seria capaz de protraír a pendência do julgamento da infração?

A segunda situação é aquela em que a decisão expedida pelo Banco Central cinde-se em dois distintos provimentos. Quanto à parcela das condutas analisadas, decide a autarquia pelo arquivamento do processo em razão de não ter ficado demonstrado o ilícito administrativo, recorrendo de ofício de seu julgado, nesta parte, para o CRSFN, a teor do art. 3º c/c o art. 2º, II, *a*, do Decreto nº 1.935, de 20 de junho de 1996. Quanto à outra parcela das condutas examinadas, entende o BC pela aplicação de penalidade, sendo que o interessado, uma vez intimado do *decisum*, não interpõe recuso para o órgão administrativo *ad quem*. Nesse caso, pergunta-se: na falta de apresentação de apelo, a parcela do julgado autárquico que tratou da imposição de multa não teria sido definitivamente julgada, na esfera administrativa, pelo Banco Central?

São essas as questões que pretendo desenvolver em seguida. Para tanto, tratarei de cada uma em tópico específico, apresentando as peculiaridades próprias de ambas as situações, bem como a razão pela qual a conclusão jurídica alcançada em cada uma delas há de ser assaz diferente.

3 O recurso intempestivo e a protração da pendência do processo

Antes de adentrar o problema concreto que essa particular situação acabou por causar, penso ser importante tecer breves comentários sobre a estrutura administrativa empregada no julgamento dos processos que apuram a prática das infrações encartadas na Lei nº 9.817, de 1999, e na Lei nº 10.755, de 2003. Com

efeito, ao Banco Central do Brasil compete deflagrar a persecução administrativa, realizando as investigações necessárias à instauração do processo e intimando o interessado para apresentar defesa contra as imputações que lhe forem feitas. No cumprimento de seu mister, a autarquia observa o procedimento descrito no Regulamento Anexo à Resolução BCB nº 1.065, de 1985, baixada pelo Conselho Monetário Nacional (CNM), bem como, subsidiariamente, os comandos inscritos na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. A decisão, no âmbito do BC, é proferida pelo diretor de Fiscalização ou por autoridade a quem ele delegue poderes decisórios, sendo passível, como se viu acima, de recurso para o CRSFN, órgão colegiado de segundo grau, pertencente à organização administrativa do Ministério da Fazenda.

A dúvida que ora se pretende dissipar surge quando o Banco Central, antes do advento da Lei nº 11.196, de 2005, aplicou penalidade ao interessado por violação aos comandos da Lei nº 9.817, de 1999, e este, irresignado com o *decisum* autárquico, houve por bem interpor recursos ao CRSFN. Antes que o órgão colegiado pudesse se pronunciar, contudo, entrou em vigor a nova norma, determinando a aplicação dos comandos mais benéficos da Lei nº 10.755, de 2003, a todos os casos pendentes de julgamento definitivo. Até aí, nenhum problema, pois, como o processo ainda não havia sido julgado pelo CRSFN, óbvio é que a infração se encontrava pendente de solução administrativa definitiva. Ocorre que o conselho, ao examinar o recurso, verificou tratar-se de apelo intempestivo e, por isso, negou-lhe seguimento. Neste ponto, pergunta-se: teria a decisão do BC transitado administrativamente em julgado com o decurso do prazo para interposição tempestiva de recurso?

Exposto esse quadro fático, seria possível o intérprete concluir que, como o acórdão do CRSFN nem mesmo conheceu do recurso interposto pelo interessado, a decisão do Banco Central do Brasil se teria tornado definitiva, uma vez transcorrido o prazo para apresentação do apelo, havendo-se encerrado ali a relação jurídica processual. Por consequência, em tal cenário, não se haveria de falar em processo “pendente de julgamento” à época da edição da Lei nº 11.196, de 2005, não se devendo fazer incidir o regramento mais benéfico.

Não vejo, no entanto, razão por que esse entendimento mereça prosperar. É que, a meu sentir, a interposição de recurso, ainda que intempestivo, ao órgão competente impede que a decisão do Banco Central do Brasil adquira contornos

de definitividade. Nesse sentido, entendo ser imprescindível trazer a lume o entendimento professado pela procuradora do Banco Central Eliane Coelho Mendonça, que, na Nota-Jurídica PGBC-6766/2007 (PGBC, 2007),⁴ expediu os seguintes argumentos:

Conforme relatado, o recurso voluntário interposto pela sociedade foi considerado intempestivo pelo CRSFN e, portanto, não foi conhecido. Com o não conhecimento do recurso voluntário, a decisão que aplicou penalidade à sociedade, proferida pelo Banco Central do Brasil, se tornou definitiva em 10 de fevereiro de 2005. É importante registrar que a legislação que estabeleceu a aplicação da multa mais benéfica somente entrou em vigor posteriormente, em 21 de novembro de 2006. Assim, em uma primeira análise, é possível afirmar que não há como se adequar a penalidade imposta pelo Banco Central do Brasil aos novos limites impostos pela Lei nº 10.755, de 2003.

Ocorre, entretanto, que a decisão que não conheceu do recurso voluntário foi prolatada após a entrada em vigor da alteração que permitiu a aplicação da penalidade menos gravosa às infrações cometidas sob a égide da Lei nº 9.817, de 1999.

A questão que emerge dos autos é a seguinte: **o processo administrativo sob análise estava pendente de julgamento definitivo nas instâncias administrativas no momento da entrada em vigor da alteração no art. 1º, § 1º, da Lei nº 10.755, de 2003?**

De um lado é possível argumentar que, com o não conhecimento do recurso voluntário, a decisão do Banco Central do Brasil que aplicou a penalidade se tornou definitiva e, conseqüentemente, não é possível aplicar a penalidade mais benéfica, pois a alteração legislativa que a instituiu é posterior à decisão proferida por esta Autarquia. Nesse sentido, é possível concluir que a existência de infração administrativa não está mais sob discussão, em outras palavras, não está pendente de julgamento definitivo. Entendo, todavia, que essa interpretação não é mais adequada. 18. Conforme salientado no § 11 da presente manifestação, o objetivo da alteração legislativa foi acabar com aplicação de penalidades distintas em situações fáticas semelhantes. A lei, todavia, criou um limitador para esse tratamento isonômico, qual seja, a necessidade de o processo administrativo estar em curso ao tempo da entrada em vigor da alteração legislativa ou,

4 Expedida pela procuradora do Banco Central Eliane Coelho Mendonça e aprovada pelo coordenador-geral da área de processos administrativos contenciosos, procurador do Banco Central Nelson Alves de Aguiar Júnior.

nas palavras da lei, estar pendente de julgamento definitivo. **Ora, no caso em tela, apesar de não conhecido o recurso voluntário, é possível afirmar que o processo administrativo estava em andamento, pois ainda estava pendente de decisão para efetuar o juízo de admissibilidade recursal.**

19. O juízo de admissibilidade do recurso interposto contra decisões proferidas pelo Banco Central do Brasil em processos administrativos punitivos é feito pelo CRSFN. Nesse sentido, o órgão recursal em referência teve de se manifestar sobre o recurso interposto no presente caso, o que culminou na decisão colegiada no sentido de declarar a sua intempestividade. **Sendo assim, tendo em conta a obrigatoriedade de manifestação do CRSFN sobre o juízo de admissibilidade recursal, entendo ser possível a afirmação de que o processo estava pendente de julgamento definitivo.**

[...]

21. Nesse sentido, concluo que o processo administrativo em referência ainda estava pendente de julgamento definitivo no momento da entrada em vigor da lei que estabeleceu a aplicação de penalidade menos gravosa às infrações administrativas previstas na Lei nº 9.817, de 1999. Sendo assim, entendo ser possível aplicar o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 10.755, de 2003, ao presente caso. (grifo nosso).

Aos argumentos expendidos na manifestação *ut supra* referida, tenho a acrescentar que o próprio Banco Central do Brasil parece reconhecer que, em situações semelhantes àquela ora discutida, a interposição de recurso pelo interessado obsta que a decisão de primeiro grau se torne definitiva. Isso porque, uma vez apresentado o apelo, a autarquia se entende impedida de iniciar a execução da penalidade aplicada, tendo sempre aguardado, assim, o deslinde da questão no âmbito do CRSFN para deflagrar o procedimento de cobrança da multa.

Ora, se o BC considerasse que o processo, em hipóteses que tais, não estaria ainda pendente de julgamento definitivo, por que não instar os interessados, uma vez transcorrido, *in albis*, o prazo para interposição de recurso, a pagar *in continenti* os valores estipulados no julgado de primeira instância? A resposta a essa indagação me parece demasiado simples: porque o recurso interposto, mesmo que intempestivamente, adia o encerramento do feito para a data em que houver proferimento de decisão do CRSFN sobre a admissibilidade do apelo.

Ainda nessa linha, impende observar que, segundo defende a doutrina, os recursos, como meios de impugnação exercitáveis dentro de um mesmo

processo, acarretam, sempre, a protração da relação jurídica processual no tempo. Dito de outro modo, sua interposição impede que se torne definitivo o julgado atacado, sendo o procedimento prolongado até o momento em que se profira, nos autos, *decisum* definitivo quanto ao pleito recursal, ainda que tal decisão se limite a pronunciar a inadmissibilidade do apelo. Sobre o assunto, cumpre trazer à colação os precisos ensinamentos de Nelson Nery Júnior (1997, p. 176):

Aliás, costuma-se dizer em doutrina que o recurso tem como consequência impedir, evitar a formação da coisa julgada. Preferível, por ser mais exato, dizer-se que a sua interposição adia, retarda a verificação da preclusão e/ou da coisa julgada.

Outrossim, preleciona o festejado autor que a *ut supra* aventada consequência da interposição recursal teria origem no próprio efeito devolutivo dos recursos, conforme se depreende do seguinte excerto extraído de sua obra:

O efeito devolutivo prolonga o procedimento, pois faz com que o processo **fique pendente** até que a decisão judicial não mais seja impugnável [...]. Por outras palavras, o efeito devolutivo adia a formação da coisa julgada. (NERY JÚNIOR, 1997, p. 365). (grifo nosso).

Demais disso, lembro que, no âmbito do Direito Processual Civil, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o prazo para a propositura de ação rescisória apenas tem início quando do trânsito em julgado na última decisão proferida no processo, ainda que tal decisão tenha tratado, tão-somente, do não conhecimento de recursos interpostos. Considera aquela colenda corte, portanto, que o feito só se encerra no momento em que o órgão judiciário competente expede o último *decisum* nos autos, pouco importando qual conteúdo venha a carregar o ato judicial. Sobre o tema, trago à baila algumas ementas de acórdãos exarados pelo tribunal em evidência:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 495 DO CPC. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE APRECIOU O ÚLTIMO RECURSO INTERPOSTO. PRECEDENTES.

1. De acordo com o artigo 495 do Código de Processo Civil, o direito de propor ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida na ação de conhecimento.
2. “Não há que se falar no trânsito em julgado da sentença rescindenda até que o último órgão jurisdicional se manifeste sobre o derradeiro recurso.” (EREsp nº 441.252/CE).
3. O termo inicial para manejo de ação rescisória é o trânsito em julgado da ação de conhecimento, que se opera após o transcurso *in albis* do prazo para recorrer ou com o julgamento do último recurso interposto, mesmo que este não tenha sido conhecido ante a inobservância de requisito legal, como, *in casu*, a irregularidade na representação processual. Precedentes.
4. Agravo regimental improvido. (STJ, 2008).

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – PRAZO DECADENCIAL – ART. 495 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – TERMO *A QUO* – TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PROFERIDA SOBRE O ÚLTIMO RECURSO INTERPOSTO, AINDA QUE DISCUTA APENAS A TEMPESTIVIDADE DE RECURSO – PRECEDENTES – EMBARGOS REJEITADOS.

I – Já decidiu esta Colenda Corte Superior que a sentença é una, indivisível e só transita em julgado como um todo após decorrido *in albis* o prazo para a interposição do último recurso cabível, sendo vedada a propositura de ação rescisória de capítulo do *decisum* que não foi objeto do recurso. Impossível, portanto, conceber-se a existência de uma ação em curso e, ao mesmo tempo, várias ações rescisórias no seu bojo, não se admitindo ações rescisórias em julgados no mesmo processo.

II – Sendo assim, na hipótese de o processo seguir, mesmo que a matéria a ser apreciada pelas instâncias superiores refira-se tão somente à intempestividade do apelo – existindo controvérsia acerca deste requisito de admissibilidade –, não há que se falar no trânsito em julgado da sentença rescindenda até que o último órgão jurisdicional se manifeste sobre o derradeiro recurso. Precedentes. (STJ, 2006). (grifo nosso).

Dito isso, seja em virtude dos argumentos lançados na Nota-Jurídica PGBC-6766/2007, seja em razão do raciocínio desenvolvido pela doutrina e pelo Superior Tribunal de Justiça, não vejo como afastar a conclusão de que, nas situações em exame, o processo só deixa de estar pendente de julgamento

definitivo quando o CRSFN profere acórdão negando conhecimento ao recurso interposto intempestivamente pelo interessado.

Nesses casos, deverá o BC se valer da revisão de ofício, nos termos do art. 65 da Lei nº 9.784, de 1999, para fazer incidir o novo regramento legal, determinando a imposição do tratamento mais benéfico previsto na Lei nº 10.755, de 2003.

4 Do reexame necessário de parcela do julgado e da definitividade do restante da decisão

O segundo suporte fático a ser analisado tem lugar quando, em virtude de uma série de condutas praticadas por pessoa fiscalizada pelo BC, é instaurado, por razões de economia processual, processo administrativo **único** para apurar a prática das diversas infrações. No caso da multa de importação, cada uma dessas condutas consubstancia o não pagamento, o pagamento indevido ou o pagamento em atraso de importação descrita em uma específica declaração de importação (DI) registrada nos sistemas da autarquia.⁵ Assim, como costuma dizer a área técnica do Banco Central, “a cada DI listada na intimação inicial corresponde uma infração individualizável”.

Pois bem, em muitos desses processos, o BC, ao julgar a hipótese concreta, decide pela ausência de infração no que tange a condutas ligadas a determinadas DIs, arquivando o processo nessa parte, e pela imposição de multa, por infração aos comandos da Lei nº 9.817, de 1999, em relação aos demais fatos investigados nos autos. Conforme assinalai acima, a autarquia, em seguida, recorre de ofício ao CRSFN quanto à parcela de seu *decisum* que cuidou do arquivamento e intima o interessado para apresentar apelo quanto ao restante do julgado.

Não sendo interposto qualquer recurso pelo apenado, o BC, orientado pela PGBC, tem promovido a cisão do processo, remetendo para inscrição em dívida ativa, em autos apartados, a parte de sua decisão não impugnada, e encaminhando ao CRSFN a parte do julgado submetida ao recurso de ofício. Todas essas medidas eram tomadas, lembre-se, antes da entrada em vigor da Lei nº 11.196, de 2005.

5 As declarações de importação são originalmente registradas no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), da Secretaria da Receita Federal do Brasil, sendo, ao final do dia, repassadas ao Banco Central do Brasil, para fim de controle cambial, as informações não abrangidas pelo sigilo fiscal.

Recentemente, contudo, esse procedimento do BC foi duramente questionado pelo CRSFN, que, amparado por parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) expediu, já na vigência da nova lei, o Acórdão/CRFN 8364/08,⁶ no qual entendeu que a interposição de recurso de ofício seria capaz de estender a pendência do julgamento inclusive quando a parcela não recorrida da decisão de primeiro grau. Determinou o conselho, assim, que a autarquia promovesse a aplicação do regramento da Lei nº 10.755, de 2005, a todas as DIs examinadas no julgado parcialmente recorrido.

No caso descrito, o parecer da PGFN defendeu que, quando da entrada em vigor da Lei nº 11.196, de 2005, as irregularidades objeto de averiguação ainda não teriam sido definitivamente julgadas, uma vez que a decisão do BC

somente se reveste de definitividade [...] após a apreciação do recurso voluntário ou de ofício que a submeta ao crivo do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. (PGFN, 2008).

Com vistas a fundamentar seu raciocínio, a PGFN realizou cotejo da hipótese vertente com aquelas em que, apesar de ter sido interposto recurso voluntário, o apelo não foi conhecido pelo conselho por falta de algum dos pressupostos de admissibilidade recursal. Em outras palavras, realizou o órgão jurídico do Ministério da Fazenda analogia com o tema examinado no tópico anterior, aplicando regra semelhante a situações absolutamente distintas.

Ora, consoante se viu *ut supra*, nos casos em que a decisão do Banco Central é atacada por meio de recurso voluntário, ocorre a protração da relação jurídica processual no tempo, estendendo-se a pendência do processo até o momento em que o órgão julgador venha a se pronunciar sobre o pleito recursal, ainda que se limite a reconhecer a inadmissibilidade do apelo. Nas situações ora discutidas, contudo, quanto à parcela da decisão que aplica a penalidade, simplesmente não há a interposição de qualquer recurso, seja ele voluntário ou de ofício. Esclareça-se que as condutas objeto de apuração nesses processos (infrações de importação) apesar de, em regra, serem agrupadas em um mesmo processo administrativo, são logicamente independentes, sendo possível a instauração de feito específico para a averiguação de cada uma delas. Desse modo, a análise da prescrição da

⁶ Relatado pela Conselheira Rita Maria Scarponi e disponível em <<http://www.bcb.gov.br/crsfn>>.

pretensão punitiva, bem como o cálculo da multa devida, por exemplo, fazem-se com base nas operações individualmente consideradas, havendo de se estudar separadamente as DIs sobre as quais recaiam suspeitas.

Como ressaltei anteriormente, é por essa razão que a PGBC orienta a área técnica da autarquia a inscrever em dívida ativa a parte não recorrida do *decisum*, com instauração de autos específicos para tal fim, e a, concomitante, remeter o processo ao CRSFN, para análise da parcela do julgado que tratou do arquivamento.

No processo civil, esse fenômeno jurídico mereceu análise mais detida, tendo sido estudado no âmbito do que se convencionou chamar de teoria dos capítulos da sentença. Com a objetividade que lhe é peculiar, Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 433) assim definiu o instituto:

A teoria dos capítulos da sentença nada mais é do que o reconhecimento de que uma sentença formalmente una pode conter mais de uma decisão.

Mais à frente em sua obra, o referido autor, após analisar as repercussões da mencionada teoria na seara recursal, teceu as seguintes observações a respeito do momento de formação da coisa julgada nas hipóteses em que se possa vislumbrar mais de uma decisão na mesma sentença, *in verbis*:

Não é só em matéria recursal, porém, que o tema é importante. Basta pensar na possibilidade de se ter proferido sentença com dois capítulos de mérito, tendo sido interposto recurso para impugnar a decisão apenas quanto a um deles. Neste caso, **o capítulo não impugnado será alcançado pela coisa julgada desde logo e, se for título executivo, poderá ser executado em caráter definitivo.** Já o outro, impugnado por recurso, ou não poderá por ora ser executado, ou só poderá permitir (caso o recurso tenha sido recebido sem efeito suspensivo) que se instaure a execução provisória. (CÂMARA, 2008, p. 435). (grifo nosso).

Transpondo-se a discussão para o caso concreto, conclui-se que a parcela da decisão do Banco Central do Brasil que cuida da aplicação de penalidade resta definitivamente julgada uma vez transcorrido, *in albis*, o prazo para interposição de recurso voluntário. Assim, incorreto é afirmar, a meu ver, que

tais irregularidades estariam ainda “**pendentes de julgamento definitivo na esfera administrativa**”.

Como se vê, o parecer da PGFN afirmou haver semelhanças entre duas situações bastante distintas. Ora, fato é que, nos casos em que há interposição de recurso voluntário, ainda que em desrespeito aos pressupostos de admissibilidade recursal, há, efetivamente, a protração da relação processual no tempo e, conseqüentemente, os ilícitos restam pendentes de julgamento definitivo até que o CRSFN profira sua decisão. Contudo, consoante *ut supra* demonstrado, em hipóteses como a vertente, nas quais a parcela do *decisum* de primeiro grau relativa à aplicação de penalidade não foi atacada por meio dos instrumentos competentes, há, quanto a esse **capítulo** da manifestação autárquica, formação de trânsito em julgado administrativo.

Nesse passo, imprópria se faz a aplicação do brocardo interpretativo do *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*⁷ para que se justifique a utilização, no caso em apreço, da mesma sistemática normativa aplicada às situações em que há interposição irregular de recurso.

Posto isso, concluo que a imposição, à hipótese analisada neste tópico, do regramento instituído pela Lei nº 11.196, de 2005, não encontra guarida na melhor hermenêutica, tampouco no ordenamento jurídico nacional, porquanto não há de se falar, *in casu*, em irregularidade pendente de julgamento definitivo na esfera administrativa.

5 Conclusão

Como se pôde perceber ao longo deste trabalho, a sucessão no tempo das leis que cuidaram da multa de importação deu ensejo a diversas questões jurídicas de conteúdo polêmico e cujo deslinde demandou exercício argumentativo dos operadores do direito envolvidos.

Quanto à irretroatividade das disposições mais benéficas da Lei nº 10.755, de 2003, penso que não há qualquer dúvida acerca da tese esposada neste artigo.

7 Carlos Maximiliano (2003, p. 200) preleciona o que segue sobre o brocardo latino em evidência: “*Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: ‘Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito’, Os casos idênticos regem-se por disposições idênticas”.

Como norma de caráter excepcional, a Lei nº 9.817, de 1999, há de projetar seus efeitos no futuro, sendo aplicável aos fatos ocorridos sob sua vigência mesmo após ter sido revogada.

Entretanto, a aplicação, a hipóteses concretas, do conceito de infração pendente de “julgamento definitivo nas instâncias administrativas”, trazido pela Lei nº 11.196, de 2005, rendeu ensejo a dúvidas e a interpretações conflitantes no âmbito da administração federal. No caso de interposição intempestiva de recurso, a tese defendida pela Procuradoria-Geral do Banco Central, no sentido de que o efeito devolutivo do apelo prorrogaria a pendência do processo até a data em que o CRSFN se pronunciasse sobre o pleito, a par de não ter dado azo a controvérsias entre os órgãos e entidades administrativos envolvidos, é a que, a meu sentir, melhor reflete o espírito da norma.

Na hipótese de o Banco Central do Brasil ter adotado decisão cindida, parte pelo arquivamento, parte pela aplicação de multa, penso que a não interposição de recurso pelo interessado rende, sim, ensejo à coisa julgada administrativa, podendo o *decisum*, nesse ponto, ser executado *incontinenti* pela autarquia. O entendimento do CRSFN sufragado no Acórdão nº 8364/08 e secundado por parecer da PGFN está, com a devida vênia, equivocado.

Porquanto defende a aplicação da sistemática normativa incidente sobre as situações em que há interposição irregular de recurso a realidade fática bastante distinta, desrespeitando a máxima interpretativa do *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Referências

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. EREsp nº 441252/CE, DJ 18/12/2006. Brasília, 2006. Acesso em: 20 nov. 2009.

_____. AgRg no RESP nº 958333/RS, DJ 25/2/2008. Brasília, 2008. Acesso em: 20 nov. 2009

CÂMARA, Alexandre Freitas . **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – CRSFN. **Acórdão/CRFN 8364/08**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/crsfn>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Anotado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL – PGFN. **Parecer PGFN/CAF/CRSFN/LMG/Nº 10823/2008**. Parecer constante dos autos do Processo de Trabalho nº 0201127272. Brasília: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, 2008. 4 p.

PROCURADORIA-GERAL DO BANCO CENTRAL – PGBC. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 2, n. 1, Brasília, julho de 2008.

_____. **Nota Jurídica PGBC-6766/2007**. Base de dados do Banco Central do Brasil. Brasília, 2007.

***Reformatio in Pejus* em Processo Administrativo Sancionador: o caso do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional**

Marcel Mascarenhas dos Santos*

1 Introdução. 2 A decisão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. 3 Reformatio in pejus no processo administrativo: 3.1 Contexto; 3.2 A incongruência do parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999; 3.3 Argumentos favoráveis à reformatio in pejus, inclusive em processo administrativo sancionador, segundo a doutrina e a jurisprudência; 3.4. Princípio do ne reformatio in pejus no processo administrativo sancionador. 4 Conclusão.

Resumo

O presente artigo busca discutir a possibilidade de *reformatio in pejus* (reforma em desfavor de único recorrente) em processo administrativo sancionador, utilizando como referência uma decisão proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). O parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, institui a possibilidade de aplicação do instituto no âmbito de processos administrativos em geral. O CRSFN decidiu, em abstrato, pela possibilidade da reforma desfavorável em recurso contra a aplicação de sanção, nos termos da lei. Mediante abordagem principiológica e interpretação sistemática, afastam-se os argumentos favoráveis a essa tese, acreditando-se prevalecer os princípios do devido processo legal e de ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e razoabilidade.

* Procurador do Banco Central, assessor jurídico do Gabinete do Procurador-Geral. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia, pós-graduando em Direito Público pela Universidade de Brasília.

Palavras-chave: *Reformatio in pejus*. Processo administrativo sancionador. Recurso. Impossibilidade. Princípios. Interpretação sistemática.

Abstract

The present article examines the possibility of applying the reformatio in pejus doctrine to administrative procedures that can result in the imposition of sanctions, having as a reference to the study a decision rendered by the Administrative Court of Appeals of the National Financial System (CRSFN). Article 64, sole paragraph, of the Federal Act. 9.784, dated January 29th, 1999, made it legal to apply the doctrine at hand to ordinary administrative procedures. The CRSFN decided that it would be possible to alter a decision in harm of the appellant, according to the provisions of the mentioned Federal Act. Through a principle-based interpretation of the law, it is possible to repel all arguments in favor of that thesis, making the constitutional principles of due process, fairness and justice prevail.

Keywords: *Reformatio in pejus doctrine. Administrative procedures. Sanction. Principle-based interpretation.*

1 Introdução

Tema que tem se revelado bastante polêmico na doutrina e na jurisprudência é o da *reformatio in pejus* em processo administrativo, notadamente quando este tem natureza sancionadora. No Sistema Financeiro Nacional, a discussão também está presente e foi inflamada por decisão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), durante a 275ª Sessão do Colegiado, que admitiu, em tese, a possibilidade de aplicação do disposto no parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999), para agravar a sanção imposta, na primeira instância administrativa, ao recorrente.

Há, na doutrina, posições bem díspares a respeito do assunto, desde aqueles que rejeitam a *reformatio in pejus* em qualquer espécie de processo administrativo, passando pelos que defendem o cabimento da medida em caso de ilegalidade contida na decisão recorrida e pelos que somente afastam a possibilidade da

reforma prejudicial ao interessado em sede de processo administrativo punitivo, chegando, finalmente, àqueles que admitem amplamente a solução proposta pelo parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999).

No processo civil e no processo penal, talvez pelo estudo mais antigo a respeito do tema, é mais fácil encontrar posições consolidadas. No processo administrativo, a questão se mostra mais intrincada, especialmente em razão do plexo de princípios lançado ao debate, exigindo do aplicador do Direito interpretação consonante com a técnica da ponderação de interesses ou com a concretização de princípios para alcance da única decisão correta, a depender da filiação dogmática do intérprete. Em tal contexto, apresenta-se o exame da legalidade, da supremacia do interesse público, da verdade material, do devido processo legal, da segurança jurídica e da razoabilidade, dentre outros princípios de estatura constitucional.

Dito isso, mister se faz informar e esclarecer a posição externada pelo CRSFN, submetendo-a ao crivo de opiniões doutrinárias e orientações jurisprudenciais, comparando aqui e ali com a disciplina vigente nos processos civil e penal, para que se possa formar uma conclusão abalizada sobre a *reformatio in pejus* no processo administrativo sancionador.

2 A decisão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional¹

No dia 29 de agosto de 2007, ao apreciar o Recurso nº 4.987,² por ocasião da 275ª Sessão do CRSFN, o Colegiado debateu questão de ordem sobre a possibilidade de agravar, em sede de recurso voluntário³ contra decisão do Banco Central, a sanção imposta ao interessado (CRSFN, 2007).

Discutiu-se o assunto ao amparo do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), especialmente em razão do disposto no parágrafo único, cuja

1 Para fins de descrição dos fatos noticiados neste tópico, utilizou-se como referência o Boletim CRSFN nº 34 – setembro/outubro 2007, elaborado pelo escritório de advocacia Pinheiro Neto Advogados.

2 Recurso nº 4.987 – Processo nº 0000996459 – Recorrentes/Recorridos: KPMG Peat Marwick (atual KPMG Auditores Independentes) e Marcos Aurélio Diniz Maciel. Recorrente/Recorrido: Bacen. Relator: Leonardo Brunet Mendes de Moraes; Revisor: Fábio Martins Faria (conforme pauta de julgamento disponível no site <<http://www4.bcb.gov.br/crsfn/Pautas/p20070829275.htm>>, acesso em 11 out. 2009).

3 Partilho do entendimento de que “recurso voluntário” é pleonasma, mas adoto a expressão para diferenciá-la do chamado “recurso de ofício”, que, ontologicamente, não é recurso, pois a Administração não tem interesse em reformar sua própria decisão, constituindo-se, em verdade, em submissão de decisão a reexame necessário, quando a lei assim determina.

interpretação literal aponta para a aceitação do instituto da *reformatio in pejus* no processo administrativo, sem distinção de espécie. Para melhor pontuar a análise, é necessário transcrever a norma citada:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Dois aspectos principais foram considerados pelo CRSFN. O primeiro deles foi saber se a regra em discussão é de direito material ou processual, para que se definisse sua eficácia temporal. Por maioria (5 votos a 4), entendeu-se que se trata de norma de direito processual, portanto, passível de aplicação aos processos em curso.

O segundo ponto objeto de deliberação era justamente sobre a possibilidade de *reformatio in pejus* no âmbito dos processos administrativos sancionadores, tendo o CRSFN respondido afirmativamente, também por 5 votos a 4, alterando a jurisprudência da corte.⁴

Dito isso, cabe ressaltar, ainda, duas orientações fixadas pelo Colegiado a respeito do assunto: a) a decisão foi editada em abstrato, não valendo para o caso concreto que motivou a discussão sobre a matéria, mas podendo ser aplicada para qualquer processo em trâmite no CRSFN; e b) a decisão foi firmada em questão de ordem, antes da votação pelos conselheiros acerca do mérito do recurso, para que se permitisse à parte requerer a desistência da medida, tendo em vista que, iniciada a deliberação, não poderia mais ser deferido pedido desse teor.

A propósito desta última observação, vale transcrever o seguinte relato contido no Boletim CRSFN nº 34, já mencionado na nota de rodapé nº 1:

O entendimento do CRSFN era o de que, tratada como questão de ordem, a *reformatio in pejus* não constituía violação da ampla defesa ou do contraditório, tendo em vista a possibilidade de desistência do Recurso

4 Cito os exemplos dos acórdãos e votos proferidos nos Recursos nº 5.135 e nº 5.190 (259ª Sessão) e nº 4.114 (265ª Sessão), todos julgados em 2006.

Voluntário por parte do Recorrente. Por outro lado, se discutida durante a votação, não teria o Recorrente tal possibilidade, conforme o Regimento Interno do CRSFN, e a *reformatio in pejus* poderia violar os citados princípios. (PINHEIRO NETO ADVOGADOS, 2007).

3 *Reformatio in pejus* no processo administrativo

3.1 Contexto

Antes de se comentar o caso específico trazido no tópico precedente, impõe-se situar a questão no processo administrativo, em geral.

A Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), incorporando a topografia sugerida pela doutrina, inseriu a *reformatio in pejus* na disciplina do duplo grau administrativo, entendido este como garantia constitucional concedida aos administrados no bojo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição (BRASIL, 1988).

Com efeito, o tema *sub examine* surge justamente na ocasião da interposição do recurso pelo particular contra decisão que já lhe é desfavorável, sem que tenha sido apresentado recurso pela parte contrária (no caso, a submissão para reexame necessário pela Administração Pública).

No exercício da competência recursal administrativa, a Administração foi dotada de ampla liberdade de julgamento, sendo-lhe permitido confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, cujo conteúdo foi transferido à segunda instância pelo efeito devolutivo do recurso. O órgão recursal pode alterar a decisão “seja em função de uma nova avaliação da matéria de fato, seja em razão de sufragar entendimento diferente no tocante à matéria de direito” (FERRAZ; DALLARI, 2003, p. 88).

Resta saber, porém, se, em caso de recurso exclusivo do administrado, confere-se toda essa amplidão à autoridade *ad quem*, de modo que não haja limites à reforma da decisão.

No processo civil, a questão se insere em idêntico contexto: “há *reformatio in peius* (*sic*) quando o órgão *ad quem*, no julgamento de um recurso, profere decisão mais desfavorável ao recorrente, sob o ponto de vista prático, do que aquela contra a qual se interpôs o recurso” (MOREIRA, 2001, p. 431). Nessa

seara, o entendimento dominante é de que a ordem jurídica vigente consagrou o princípio da proibição de julgamento em desfavor do único recorrente. Sobre o tema, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha anotam o seguinte:

Se um dos únicos litigantes parcialmente vencidos impugnar a decisão, a parte desta que lhe foi favorável transitará normalmente em julgado, não sendo lícito ao órgão *ad quem* exercer sobre ela atividade cognitiva, muito menos retirar, no todo ou em parte, a vantagem obtida com o pronunciamento de grau inferior (proibição da *reformatio in pejus*). [...] Não se permite a *reformatio in pejus* em nosso sistema. Trata-se de princípio recursal não expressamente previsto no ordenamento, mas aceito pela generalidade dos doutrinadores. (DIDIER JR.; CUNHA, 2008, p. 75).

O recurso no processo penal também não tem efeito devolutivo pleno, não podendo seu julgamento resultar em decisão desfavorável ao recorrente, salvo se, nesse particular, ele também for recorrido. Assim, “recorrendo apenas o réu, não é possível haver reforma da sentença para agravar sua situação; recorrendo a acusação em caráter limitado, não pode o tribunal dar provimento em maior extensão contra o apelado” (MIRABETE, 2003, p. 1.581). No âmbito do processo penal, a *reformatio in pejus* possui tratamento tão rigoroso que fica vedada também a reforma desfavorável indireta, não podendo o juiz agravar a situação do réu em relação a decisão anterior anulada em razão de provimento de recurso exclusivo da defesa.

Em comum nos processos civil e penal, tem-se a existência de normas positivas que, se não excluem expressamente a possibilidade de reforma para pior, praticamente impede a interpretação em sentido contrário. São os casos do *caput* do art. 515,⁵ corroborado pelo *caput* do art. 500,⁶ do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), e do art. 617⁷ do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Já no processo administrativo, além das diferenças quanto a alguns princípios e bens jurídicos, há norma que, ao contrário de afastar expressamente a *reformatio*

5 “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.”

6 “Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:”

7 “Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

in pejus, parece sustentar claramente, mediante certos procedimentos, a hipótese de julgamento desfavorável ao único recorrente, qual seja o parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999). Esse é o panorama que se apresenta para as considerações que se seguem.

3.2 A incongruência do parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999

A doutrina majoritária afirma que o parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), estabeleceu – ou tentou estabelecer – regra de reforma de decisão contra o próprio recorrente. Celso Antônio Bandeira de Mello, contudo, estranha essa disposição legal (MELLO, 2004, p. 479). *In verbis*:

63. De toda sorte, parece-nos que há na lei uma incongruência em tema **recursal**. Deveras, consoante visto, o recurso foi previsto como dirigido à mesma autoridade que proferiu a decisão. Nele, “o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes” (art. 60). **Se é assim, suas alegações recursais já estarão feitas, tornando incompreensível o disposto no art. 64 e seu parágrafo único.** De acordo com o art. 64: “O órgão competente para decidir o recurso” (logo, a mesma autoridade que proferiu a decisão e que a reexaminará, ou, não o acolhendo, a autoridade superior a quem terá sido elevado) “poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência”; mas – note-se – “se da aplicação deste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão” (parágrafo único do artigo em apreço). Deste parágrafo único **resulta, de um lado, que haverá, em tal caso, uma duplicidade de alegações e, de outro, que a autoridade recorrida terá que antecipar um juízo gravoso para o recorrente, visto que só nesta hipótese caberão as sobreditas alegações duplicadas que procederão a decisão.** (grifos nossos).

Esse questionamento mostra a ausência de naturalidade da norma trazida pelo parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), que destoa do sistema jurídico idealizado para o processo administrativo, até

porque, em outros ramos do processo, já há muito tempo, como visto no tópico precedente, afastou-se a possibilidade de *reformatio in pejus*.

Aliás, a anotação formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello bem assinala o desconforto que se estabelece na situação: o administrado formula as alegações para reverter a decisão em seu favor e é surpreendido por um juízo prévio de que pode advir decisão ainda mais grave, recebendo a missão de produzir novas alegações, sob pena de ver sua situação piorada. Em outras palavras, onde deveria haver apenas um contraditório (impugnação da decisão pelo administrado), passa a haver mais um (defesa contra agravamento da decisão).

Entretanto, não há como negar a existência da norma, por isso, a doutrina vem buscando a interpretação mais adequada, que, para alguns, é afastar a incongruência apontada e, para outros, é justamente negar qualquer inconsistência da norma.

3.3 Argumentos favoráveis à *reformatio in pejus*, inclusive em processo administrativo sancionador, segundo a doutrina e a jurisprudência

Se, antes da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) ou depois dela, mas antes da edição da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), a doutrina mostrava-se reticente quanto à possibilidade de *reformatio in pejus* em processo administrativo, em razão da ausência de garantia de contraditório, para grande parte dos autores brasileiros, a questão se resolveu com a determinação legal de prévia intimação do recorrente, quando o órgão julgador identificar possibilidade de agravamento da situação do interessado, o que já seria suficiente para afirmar a adequação da medida ao disposto no inciso LV do art. 5º da Carta Maior.⁸

Aliando esse discurso ao de que a competência para decidir recurso é amplíssima, nos termos do art. 64, *caput*, da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL,

8 Conferir, nesse sentido, Egon Bockman Moreira:

“Ou seja: nenhum gravame inédito aos autos poderá ocorrer sem o conhecimento prévio e o exercício da ampla defesa e contraditório por parte do recorrente. Inclusive, poderão ser realizadas diligências probatórias, e o órgão julgador deverá levar em conta a manifestação do recorrente na motivação da decisão.

Logo, não é permitida a reforma *ex officio* da decisão que importe malefício ao recorrente. Se o gravame surgir sem a prévia perfeita intimação, nula será a decisão na parte em que incidiu em *reformatio in peius (sic)*.” (MOREIRA, 2003, p. 337-339).

1999), Bruno de Souza Vichi assinala a constitucionalidade da *reformatio in pejus* no âmbito do processo administrativo, não se preocupando em excepcionar seu cabimento em relação ao processo sancionador:

É com esteio no exato exercício da função administrativa que a Administração Pública possui uma liberdade ampla na decisão sobre a matéria recursal. [...] Isso demonstra que o administrador não está vinculado nem à pretensão das partes nem às provas por elas produzidas. [...] a extensão do interesse público concernente às circunstâncias trazidas pelo recurso administrativo não pode ser medida pela dimensão do pleito contido na peça recursal. É a Administração Pública, diante do fato concreto trazido pelo recurso, que identificará a exata medida da satisfação do seu poder-dever.

Segundo esta linha de raciocínio é que se compreende a constitucionalidade do disposto no parágrafo único do artigo em comento, que possibilita a *reformatio in pejus* no recurso administrativo. (VICHI, 2004, p. 256).

Segundo esse entendimento, em primeiro lugar, não há ofensa ao contraditório ou à ampla defesa, assegurados pela intimação do recorrente para formular suas alegações, e, em segundo lugar, prestigiam-se os princípios da legalidade e da verdade material, que devem prevalecer nessa situação, por melhor representarem o interesse público. O referido autor complementa seu raciocínio com as seguintes linhas:

Com efeito, o agravamento da situação do recorrente é circunstância que deve ser admitida por quem requer a apreciação da Administração Pública sobre determinado assunto. O regime jurídico administrativo não pode excepcionar o princípio da verdade material, faceta viva do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, na esfera processual administrativa, pelo fato de o interesse individual do administrado se ver ameaçado. Ademais, representa manifestação do princípio da legalidade, na medida em que o suposto “prejuízo” do administrado representa o cumprimento à lei. Nesta hipótese, outrossim, andou bem o legislador ao franquear ao administrado a possibilidade de manifestação prévia, caso haja risco de agravamento. É a manifestação legal do binômio constitucional do contraditório e da ampla defesa. (VICHI, 2004, p. 257).

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já teve a oportunidade de se manifestar sobre a validade do agravamento de sanção em julgamento de recurso administrativo, como se nota na ementa de acórdão adiante transcrita:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DE SECRETÁRIO DE ESTADO – MULTA POR INFRAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – VALOR FIXADO NO MÁXIMO LEGAL – REEXAME DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 07/STJ – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – “REFORMATIO IN PEJUS” – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES. Os critérios adotados pela administração pública para gradação da penalidade por infração ao Código de Defesa do Consumidor não são passíveis de discussão na estreita via do mandado de segurança, haja vista que ensejam reexame de provas. [...] Motivada a decisão que julgou o recurso administrativo, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, não se há que falar em ilegalidade ou abuso de autoridade. **No âmbito do processo administrativo, a autoridade superior pode aplicar pena mais gravosa do que a imposta pela autoridade inferior.** Recurso conhecido e improvido. (ROMS 200302183076, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, STJ – Segunda Turma, J. 18.8.2005, DJ 26.9.2005). (grifos nossos).^{9 10}

Na doutrina, também podem ser encontradas opiniões que defendem a constitucionalidade da *reformatio in pejus* no processo administrativo, embora estabeleçam algumas limitações, não quanto ao tipo de processo (não há exclusão do processo administrativo sancionador), mas em relação ao conteúdo da decisão que pode ser objeto de reforma para pior. Nessa ordem de consideração, Sérgio

9 De modo idêntico, mas antes da edição da Lei nº 9.784, de 1999, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu: “ADMINISTRATIVO. PENA DE SUSPENSÃO. ‘REFORMATIO IN PEJUS’. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. Não se aplica ao procedimento disciplinar a vedação da ‘reformatio in pejus’, pelo que pode a autoridade hierarquicamente superior aplicar pena mais gravosa do que a imposta pelo inferior.” (ROMS 198900092600, Rel. Min. Américo Luz, STJ – Segunda Turma, J. 26.10.1994, DJ 21/11/1994).

10 Também o Tribunal Regional Federal da 5ª Região tem precedentes nesse sentido. De um deles, destaca-se a seguinte passagem:

“[...] 1. A Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração federal, em seu art. 64, prevê a possibilidade de agravamento da penalidade em sede de recurso, desde que o recorrente seja cientificado desta possibilidade, a fim de que apresente suas alegações. 2. O Conselho Regional de Engenharia aplicara pena de censura pública. Em recurso ao CONFEA, há *reformatio in pejus*, com sanção de cancelamento de registro. Ausência de notificação no âmbito do CONFEA sobre a possibilidade de agravamento da pena. Ilegalidade do agravamento, em virtude de não ter sido, previamente, ouvido o interessado. Nulidade do ato de cancelamento do registro e restabelecimento da censura pública. [...]” (AC 200683000105626, Rel. Des. Carlos Rebêlo Júnior, TRF5 - Terceira Turma, J. 4.12.2008. DJ 16/6/2009).

Ferraz e Adilson Abreu Dallari sustentam a aplicação do parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), embora somente quando observada ilegalidade na decisão recorrida, não se permitindo agravamento por reavaliação do mérito da sanção, isto é, por critério de discricionariedade. *In verbis*:

[...] Existe apenas uma possibilidade de a decisão ser agravada: a do parágrafo único do art. 64 da Lei 9.784, de 1999. Mas aqui não se pode falar em *reformatio in pejus*: o Estado-julgador, divisando a possibilidade, em razão do princípio da legalidade e da obrigação da busca da verdade material, de ser agravada a situação do recorrente, disso haverá de cientificá-lo, para que formule suas alegações. [...] Instaura-se aí, então, um efetivo e equilibrado contraditório, com o que não se colocarão em xeque os princípios de boa-fé, contraditório e isonomia. (FERRAZ; DALLARI, 2003, p. 155-156).

A Lei paulista 10.177, de 30.12.1998, em seu art. 49, afirma que a decisão do recurso não poderá agravar a situação do recorrente, mas ressalva os casos de invalidação, ou seja, salvo se houver alguma nulidade na decisão recorrida. Já a Lei federal 9.784, de 29.1.1999, no parágrafo único de seu art. 64, não proíbe expressamente a *reformatio in pejus*, mas diz que se a decisão do recurso puder acarretar um agravamento da situação do recorrente “este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão”.

As garantias constitucionais do cidadão exigem, na verdade, que ambos os dispositivos, federal e paulista, sejam conjugados. Vale dizer: não é possível agravar discricionariamente a situação do recorrente; somente pode haver agravamento por razões de direito, em virtude de algum vício jurídico, de alguma ilicitude na decisão recorrida. Havendo esse pressuposto, antes da decisão deverá ser proporcionada ao recorrente a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa. [...] fica preservado o princípio da legalidade, que é fundamental no regime jurídico administrativo, e ficam ressalvadas as garantias constitucionais do cidadão. (Idem, p. 190-191).

É no contexto de ideias apresentado neste tópico que se situa a decisão do CRSFN retratada no tópico 2 do presente trabalho. Não se pode negar, portanto, a existência de vasto amparo doutrinário e jurisprudencial à pretensão de aplicação da *reformatio in pejus* no processo administrativo, ainda que de caráter

sancionador. De fato, para uma interpretação que dê ênfase aos princípios da legalidade e da verdade material e que compreenda a punição administrativa justa como requisito de atendimento ao interesse público, outra solução não seria possível.

A propósito, ressalto palestra proferida pelo Procurador da Fazenda Nacional Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza no seminário II Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional, realizado nos dias 4 e 5 de setembro de 2008, em São Paulo. Com sua experiência de atuação no Colegiado, o advogado público federal discursou sobre “A *reformatio in pejus* no CRSFN: peculiaridades do instituto, do âmbito penal ao administrativo sancionador, e os recursos de ofício”, exposição a que tive oportunidade de assistir no local.

Com base nessa palestra e no artigo apresentado por seu autor aos anais do seminário mencionado (SOUZA, 2008), podem-se extrair como seus principais argumentos a favor da *reformatio in pejus* no processo administrativo sancionador o controle da legalidade e a supremacia do interesse público.

Segundo Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza, os objetivos constitucionais da ordem econômica (art. 170), bem como o dever de preservar a integridade do Sistema Financeiro Nacional (art. 192) inscrito na Constituição (BRASIL, 1988) e na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (BRASIL, 1964), condicionam a atuação da Administração nessa seara, inclusive no que diz respeito à fiscalização e à aplicação de penalidade (SOUZA, 2008). A possibilidade de *reformatio in pejus* seria, portanto, um instrumento posto à disposição do CRSFN para corrigir eventuais distorções nas decisões de primeira instância proferidas pelo Banco Central ou pela Comissão de Valores Mobiliários. Com isso, poder-se-ia rever, em sede de recurso voluntário, a sanção impugnada para lhe conferir a dosimetria adequada, considerando a reprovação da conduta ilícita que violou a higidez do Sistema Financeiro Nacional ou algum dos princípios basilares da ordem econômica.

A ampla devolução do conteúdo da decisão ao órgão recursal e a clara disposição legal autorizadora da *reformatio in pejus*, na forma, respectivamente, do *caput* e do parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), não deixariam dúvida quanto a esse entendimento. A única exceção à reforma prejudicial ao administrado estaria no procedimento de revisão do processo administrativo, por força do parágrafo único do art. 65 da referida lei.

Toda essa tese, porém, deixa de conceder eficácia ao princípio do devido processo legal e ainda mitiga aspectos preponderantes da ampla defesa e do contraditório, como será visto no tópico seguinte.

3.4 Princípio do *ne reformatio in pejus* no processo administrativo sancionador

Não obstante todo o esforço doutrinário¹¹ em favor da admissão da *reformatio in pejus* no âmbito do processo administrativo sancionador, é de notar que, em verdade, essa solução não se mostra compatível com o sistema jurídico idealizado pela Constituição de 1988 para o processo administrativo sancionador.

A admissibilidade do agravamento da sanção em julgamento de recurso voluntário exclusivo do apenado decorre de equívoco interpretativo de duas ordens: a) utilização apenas do critério gramatical, quando se sabe que a interpretação literal pode prevalecer se não cotejada com os demais métodos hermenêuticos; ou b) ausência de ponderação dos princípios de devido processo legal, contraditório e ampla defesa ou de concretização de tais princípios na busca da única decisão correta aplicável ao caso.

Com efeito, o processo administrativo sancionador, pela potencial intervenção no patrimônio jurídico do administrado que lhe é inerente, exige do aplicador do Direito, no caso, a Administração Pública, uma série de cuidados. A imposição de restrição à esfera de direitos do particular, seja à vida, liberdade ou propriedade, obriga que a Administração desenvolva o processo num espectro de segurança jurídica que se revele incapaz de causar surpresa ao interessado. A expectativa que este detém é de que todo o *iter* seja percorrido com a máxima atenção, em busca da verdade material, consolidando, na decisão de primeira instância, a melhor interpretação dos fatos e do direito que for possível obter. Assim, se não há recurso de ofício (remessa necessária), significa que só o administrado tem interesse em outra decisão, obviamente, uma que lhe seja mais favorável.

11 Além dos professores citados no tópico precedente, Daniel Ferreira lembra que Romeu Felipe Bacellar Filho, Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno também já se manifestaram pela possibilidade de *reformatio in pejus* em processo administrativo sancionador (FERREIRA, 2001, p. 127-133).

Nesse sentido, pode-se pegar emprestada a lição do processo civil. Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha bem resumem os comentários de José Carlos Barbosa Moreira a respeito do assunto:

Barbosa Moreira sistematiza os argumentos favoráveis à existência deste princípio [proibição da *reformatio in pejus*] no sistema recursal brasileiro: a) se o interesse recursal é pressuposto de admissibilidade recursal, seria verdadeira contradição imaginar que para o recorrente possa advir qualquer utilidade de pronunciamento que lhe é desfavorável; b) se nem por provocação do apelante poderia o tribunal reformar a decisão para pior, menos ainda se concebe que pudesse fazê-lo sem tal provocação. (DIDIER JR.; CUNHA, 2008, p. 75)

Ademais, é sabido que o devido processo legal e a ampla defesa pressupõem a oportunidade de recurso do interessado. Contudo, como será garantido o direito de recorrer se o administrado encontra-se sob a ameaça de receber uma decisão ainda pior do que a que lhe motivou a interpor o recurso? Haveria, por óbvio, cerceamento de defesa, que não mais seria plena, tendo em vista a inibição ao recurso perpetrada pelo fantasma da *reformatio in pejus*. Por mais que se afirme, nos termos do parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999, que eventual agravamento será precedido de comunicação ao interessado, para formulação de alegações, é inegável que esse procedimento constituirá fator surpresa ao particular. Vale lembrar, a esse propósito, da incongruência apontada por Celso Antônio Bandeira de Mello, objeto de transcrição na seção 3.1, *ut supra*.

Heraldo Garcia Vitta é um dos defensores da inaplicabilidade da *reformatio in pejus* no Direito Administrativo Sancionador, em razão de ofensa ao devido processo legal:

O princípio *non reformatio in pejus* decorre do devido processo legal. Se a autoridade pudesse impor sanção mais grave, os particulares ficariam inibidos de recorrer; haveria, também, ofensa ao duplo grau de jurisdição, inerente ao regime democrático, além de ir de encontro ao contraditório e à ampla defesa. Na verdade, é princípio geral do Direito, corolário do direito de defesa. (VITTA *apud* CRUZ, 2009, p. 37).

Na mesma linha é o pensamento de Lúcia Valle Figueiredo:

E finalmente, há proibição da *reformatio in pejus*, não obstante o princípio da legalidade que preside toda atividade administrativa. E não poderia ser diferente. Se houvesse a possibilidade de ser agravada a pena, por evidente que esse fato obstaculizaria a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. (FIGUEIREDO *apud* FERREIRA, 2001, p. 128).¹²

Anteriormente, na 1ª edição, já escrevemos ser possível a *reformatio in pejus*, excluindo-a dos processos sancionatórios e disciplinares.

Todavia, reeditando o tema, em edições posteriores, entendemos que esta apenas é possível como conatural à explicitação da função administrativa. Portanto, quando o processo revisivo for feito “de ofício” pela Administração ou se, provocadamente, encontrem-se outros envolvidos, como, por exemplo, nos procedimentos concorrenciais. Mas na verdade não será *reformatio in pejus*.

[...]

E nesta hipótese, fala-se impropriamente em *reformatio in pejus*. Houve, na verdade, ato de controle de legalidade, por importar em nulidade do procedimento; caso assim não se procedesse, estaria a Administração agindo *contra legem*. (FIGUEIREDO *apud* VICHI, 2008, p. 257).

Há ainda outro argumento bastante difundido entre os defensores da vedação à *reformatio in pejus* no processo administrativo sancionador, consistente em comparação com o procedimento de revisão de que trata o art. 65 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), que dispõe:

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

12 No mesmo sentido, Eduardo Rocha Dias assinala que “não se pode agravar a situação jurídica do recorrente caso a Administração não tenha manejado recurso administrativo” (DIAS *apud* FERREIRA, 2001, p. 128-129). Carlos Ari Sundfeld, por sua vez, entende que não há falar em constrangimento, pois o recorrente tem ciência de que, se a reforma mais gravosa constituir ilegalidade, poderá se socorrer com o Poder Judiciário (SUNDFELD *apud* FERREIRA, 2001, p. 131). Embora a conclusão tenha amparo no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, não me parece adequada a solução que transfere o litígio da Administração para o Judiciário.

Nesses termos, indaga-se: se fatos novos ou circunstâncias relevantes não são suficientes para majorar sanção imposta, por que os mesmos fatos e circunstâncias presentes na decisão recorrida ensejariam agravamento da sanção em julgamento de recurso voluntário? A propósito desse questionamento, veja-se comentário de Rafael Munhoz de Mello:

Se em processo de revisão, à luz de “fatos novos ou circunstâncias relevantes”, não se pode admitir o agravamento da sanção, a mesma regra deve valer para os recursos interpostos no curso do processo, que devolvem ao órgão superior o exame dos mesmos fatos e circunstâncias já apreciadas pelo órgão *a quo*. É dizer, nem mesmo um fato novo, até então desconhecido pela Administração Pública, que revele a “inadequação da sanção aplicada”, pode levar ao agravamento da medida sancionadora, sob pena de ofensa à regra que veda a *reformatio in pejus*. Com maior razão a vedação deve ser aplicada aos recursos administrativos. (MELLO *apud* CRUZ, 2009, p. 37).

É verdade que as situações do recurso e da revisão são diferenciadas, pois, na primeira, o processo ainda está em andamento e, na segunda, já houve coisa julgada administrativa.¹³ Mas cabe notar, por exemplo, que, no processo penal, essas diferenças são consideradas irrelevantes na definição do efeito do novo julgamento: assim como o pedido de revisão – art. 626 do Código de Processo Civil¹⁴ (BRASIL, 1973) –, o recurso não enseja *reformatio in pejus*. Esse argumento ajuda a perceber a ausência de lógica (ou incongruência, na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello) da interpretação que favorece a aplicação da *reformatio in pejus* no processo administrativo sancionador.

Saliente-se, ademais, que o Direito deve ser um todo lógico e sistemático, interpretado de modo a conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Desse modo, não parece razoável que a lei tenha

13 Bruno de Souza Vichi bem pontua essa questão:

“Diferentemente do que ocorre nos recursos administrativos, o art. 65 previu que a revisão não pode ensejar agravamento da sanção ao administrado. Nada mais acertado. A possibilidade de agravamento da condição do recorrente, a *reformatio in pejus*, só se admite enquanto a matéria estiver sendo discutida no processo administrativo, em grau de recurso administrativo, nos termos do art. 64 já comentado. Encerrado o processo opera-se a preclusão administrativa, inclusive, no que concerne à sanção decorrente do exaurimento do processo. Neste caso, sobressai-se a prevalência do princípio da segurança jurídica.” (VICHI, 2008, p. 258).

14 “Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.

Parágrafo único. De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.”

estabelecido consequências jurídicas tão distintas para aspectos da mesma espécie de processo, qual seja o sancionador.

Com efeito, os arts. 64 e 65 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), devem ser interpretados em conjunto, observados ainda os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988). A única conclusão possível, dentro dessa sistemática, é considerar a regra do art. 64 como referência para os processos administrativos gerais e a regra do art. 65 como disciplina matriz para os processos de cunho punitivo (BRASIL, 1999). Assim, embora trate de revisão, situação distinta do recurso, a orientação presente no art. 65 deve ser transposta, com as devidas adaptações, à hipótese do art. 64. Em outras palavras, a *reformatio in pejus* até pode ser admitida para os processos administrativos que não cuidem de punição ou de imposição de qualquer medida desfavorável ao interessado, mas, quanto a estes, não é possível agravar a sanção imposta em primeira instância, se não houver recurso da Administração.

Essa interpretação, além de dar coerência aos dispositivos da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), confere uniformidade de tratamento entre o processo administrativo sancionador e espécies de processo semelhantes, a exemplo do disciplinar – Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990¹⁵ (BRASIL, 1990) – e do processo penal, que também têm compromisso com a legalidade e com a verdade material.

Ante o exposto, expresso minha concordância com a opinião, já referida, de Lúcia Valle Figueiredo, reforçando-a com a seguinte lição de Daniel Ferreira:

É de se perguntar, então: será apenas formalmente legal a *reformatio in pejus* em grau de recurso, nas situações anotadas, mas substancialmente inconstitucional em face do direito à ampla defesa, como anotado por Eduardo Rocha Dias e Lúcia Valle Figueiredo?

[...]

Quanto a nós, acompanhamos – novamente – a solução menos gravosa para o administrado, porque decorrente de nosso aprendizado com o mestre português acerca da máxima efetividade das normas constitucionais protetivas dos direitos fundamentais (dentre as quais

15 De modo idêntico ao art. 626 do Código de Processo Penal, assim dispõe o art. 182 da Lei nº 8.112, de 1990:

“Art. 182. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição do cargo em comissão, que será convertida em exoneração.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.”

a do contraditório e da ampla defesa). Havendo dois juízos possíveis frente ao Direito, ou, por outra, dúvida razoável, deve ser a situação mais favorável ao acusado.

[...]

É de se anotar, ainda, que nem de longe estamos a repugnar o princípio da legalidade e, pois, o dever de autotutela da Administração Pública em face de seus próprios atos.

[...]

Conquanto assim seja, a hipótese em comento (que se reporta à proibição da *reformatio in pejus* em sede recursal), salvo melhor juízo, não admite deslinde diverso do sugerido, sob pena, repita-se, de o recurso, enquanto manifestação concreta do devido processo legal, se apresentar como uma longínqua faculdade que, via de regra, deixará de ser idoneamente utilizada pelo receio de agravamento da sanção.

Daí afirmarmos que o art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999, não se aplica aos processos sancionadores, sob pena de manifesta inconstitucionalidade. (FERREIRA, 2001, p. 130-133).

Ainda mais contundente é a conclusão, à qual adiro, lançada pelo Procurador da Fazenda Nacional Glênio Sabbad Guedes, que também atuou no CRSFN, em sentido diametralmente oposto ao quanto firmado pelo colega de profissão Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza:

É inconstitucional sim, em sede de processo administrativo sancionatório, aplicar-se a reforma para pior. Caso fosse aplicada, o administrado estaria sendo limitado, ou violado, em vários de seus direitos, a saber: de não ser surpreendido. De não ver-se confrontado com teses que não suscitou em seu recurso. De poder fazer uso do duplo grau, e das competências naturalmente fixadas, sendo sua defesa examinada por todas as instâncias a que tem direito – alguém já reparou no art. 57 da Lei nº 9.784/99? De poder usar todos os meios de que dispõe, para sua defesa, desde a primeira instância. De defender-se daquilo que, originariamente, lhe foi objeto de acusação – de frisar-se, aqui, o princípio da congruência entre acusação e decisão. Sendo assim, ocorrida a hipótese vislumbrada acima [...] – entenda-se: detectada uma ilegalidade ligada à reforma para pior – o servidor deveria ter aplicado pena mais severa, mas, erradamente, abrandou-a –, somos por invalidar o procedimento, determinando o retorno dos autos à instância inferior, reabrindo-se, lá, nova etapa

instrutória.¹⁶ Com isso, evitamos a possibilidade de supressão de instância, preservando as competências originais, e garantindo o duplo grau – vide, novamente, o art. 57 da Lei nº 9.784/99. (GUEDES, [200-?]).

Assim, não me resta dúvida quanto à incorreção da decisão, ainda que proferida em tese, do CRSFN, que abriu a possibilidade de *reformatio in pejus* no julgamento de recurso exclusivo do administrado contra sanção imposta pelo órgão *a quo*. A inconstitucionalidade da medida fica ainda mais evidente na orientação do Colegiado de que o exame sobre eventual agravamento deve ser feita em questão de ordem antes da deliberação do plenário, a fim de que o interessado possa desistir de seu recurso. Inibição ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. Constrangimento maior não poderia haver.

4 Conclusão

O processo administrativo sancionador, pelas peculiaridades que apresenta e pela maior exigência de atenção aos direitos fundamentais do administrado, não está sujeito à *reformatio in pejus*, podendo-se concluir que o parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999, somente se aplica aos processos administrativos que não cuidem de aplicar sanção ou outra medida que represente gravame ao patrimônio jurídico e moral do interessado.

Embora a doutrina ainda seja vacilante e a jurisprudência tenha se mostrado adepta da interpretação literal, a interpretação sistemática, seja pela técnica da ponderação de interesses, seja pela concretização de princípios em busca da única decisão correta, revela que o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a segurança jurídica e a razoabilidade devem prevalecer sobre a verdade real, o controle recursal da legalidade e o suposto interesse público consistente numa punição maior ao administrado. Ressalte-se que, por ser a parte mais frágil da relação processual, o administrado deve receber o tratamento que lhe seja menos gravoso.

Por fim, impende destacar que, seja pela leitura conjunta com o art. 65 da Lei nº 9.784, de 1999, seja pelo cotejamento com o processo disciplinar regulado pela

16 Também Daniel Ferreira é partidário dessa solução (FERREIRA, 2001, p. 132).

Lei nº 8.112, de 1990, e com o processo penal, ambos jungidos aos princípios da legalidade e da verdade material, não se mostra lógico e razoável admitir a *reformatio in pejus* para o processo administrativo sancionador, à dessemelhança do que ocorre nos demais que lhe são análogos.

Diante de tais fundamentos, é natural a conclusão de que a decisão do CRSFN que admitiu, em tese, a possibilidade de aplicação do disposto no parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999, para agravar a sanção imposta ao recorrente na primeira instância administrativa, é inconstitucional.

Referências

CRUZ, Célio Rodrigues da. **Processo administrativo sancionador e extinção das penalidades**. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/24/Biblioteca/1_-_Unidade_I/3_-_Texto-base_-_Topico_III.pdf> (reservado a participantes do curso de pós-graduação em Direito Público da UnB patrocinado pela AGU). Acesso em: 11 out. 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUEDES, Glênio Sabbad. **Art. 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99: uma hipótese de reformatio in pejus?** Disponível em: <<http://www.direitoemercadofinanceiro.com/doutrina/crsfn/art64.php>>. Acesso em: 11 out. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei nº 9.784/1999**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA, João Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PINHEIRO NETO ADVOGADOS. **Boletim CRSFN nº 34: Setembro/Outubro de 2007**. Disponível em: <http://www.pinheironeto.com.br/upload/tb_pinheironeto_boletim/pdf/221107091755Boletim34_set_out_2007.pdf#3>. Acesso em: 11 out. 2009.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **A reformatio in pejus no Direito Administrativo Sancionador brasileiro**. Disponível em: <<http://www.iiede.org.br/arquivos/reformatio.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2009.

VICHI, Bruno de Souza. Do recurso administrativo e da revisão. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 235-259.

A Vedação da *Reformatio in Pejus* no Âmbito do Processo Administrativo Sancionador e a Inconstitucionalidade da Aplicação do Parágrafo Único do Artigo 64 da Lei nº 9.784, de 1999

Marlos Lopes Godinho Erling*

1 Introdução. 2 Correntes doutrinárias sobre o tema. 3 Vinculação da administração pública à Constituição. 4 Comentários sobre a vedação da reformatio in pejus no Direito Processual Civil e Penal: 4.1 Direito Processual Civil; 4.2. Direito Processual Penal. 5. Efetiva análise do parágrafo único do artigo 64 da Lei nº 9.784, de 1999: pode o mesmo órgão estatal “acusar” e julgar o recurso voluntário do administrado? 6 Conclusão.

Resumo

Trata da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, cuja regra dele extraída estipula a possibilidade de agravamento da pena no processo administrativo sancionador em sede recursal. A propósito, as correntes doutrinárias sobre o tema serão apresentadas, além de ressaltada a vinculação da administração pública à Constituição. Após uma análise sistemática da vedação à *reformatio in pejus* no âmbito do Direito Processual Civil e do Direito Processual Penal, em que a instância recursal é aberta por iniciativa exclusiva da parte interessada, será defendida a tese de que a mera

* Economista e advogado. Procurador do Banco Central do Brasil no Estado do Rio de Janeiro; especializando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ).

previsão de oportunidade de manifestação anterior do administrado à possível decisão de agravamento em sede recursal administrativa viola os princípios do contraditório e da ampla defesa nas vertentes do direito de manifestação e de ver os argumentos considerados de forma adequada.

Palavras-chave: Processo administrativo sancionador. Vedação à *reformatio in pejus*. Princípios constitucionais.

Abstract

The article analyzes the unconstitutionality of the single paragraph of the article number 64 of the 9.784 Act, edited on January 29th, 1999, which rule stipulates the possibility of worsening penalty in the punitive administrative procedure in appellate instance. By the way, the doctrinal understandings will be presented, also emphasized the binding of the public administration to Constitution. After a systematic analysis of the reformatio in pejus prohibition under the civil procedure and the criminal procedure, in which the appellate instance is opened by the sole initiative of the administered, will be sustained the view that the mere opportunity for given previous reasons before the possible worsening decision in administrative appellate instance violates the principles of the contradictory and full defense, mainly on the slopes of the right to give reasons and to see the arguments presented considered properly.

Keywords: *Punitive administrative procedure. Reformatio in pejus prohibition. Constitutional principles.*

1 Introdução

O presente artigo tem por objeto a análise da constitucionalidade do parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no âmbito do processo administrativo sancionador, notadamente pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), órgão com competência para julgar recursos de decisões proferidas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de

Valores Mobiliários e pela Secretaria de Comércio Exterior. O texto normativo segue transcrito abaixo, *in verbis*:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.” (grifo nosso).

A propósito, por ter o direito de recurso em favor do administrado fundamento legal e constitucional, nos termos do art. 56, *caput*, da Lei nº 9.784, de 1999,¹ e do art. 5º, LV, da Constituição da República,² infere-se do *caput* do artigo acima transcrito, se admissível o recurso, a regra segundo a qual o órgão administrativo, com competência funcional para decidir, tem o poder de confirmar a decisão ou modificá-la sem prejuízo ao administrado. No primeiro caso, ocorre o desprovimento da impugnação e o conseqüente efeito substitutivo, segundo interpretação analógica com base no art. 512 do Código de Processo Civil.³ No segundo caso, verifica-se, de igual forma, o efeito substitutivo na parte alterada da decisão recorrida, diante do vício de julgamento (*error in iudicando*) reconhecido que deu causa à modificação, sem embargo da possibilidade de que se peça a anulação da decisão administrativa de primeira instância por algum vício de atividade administrativa no processamento e julgamento (*error in procedendo*).

A divergência doutrinária surge em razão da regra extraída do parágrafo único do artigo sob exame, eis que se previu a possibilidade de modificação gravosa (*reformatio in pejus*) da decisão impugnada pelo administrado, desde que seja efetuada comunicação idônea ao recorrente para a apresentação de razões antes de proferida a decisão apta, em tese, a lhe ser mais gravosa.

1 “Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.”

2 “Art. 5º

[...]

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;”

3 “Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.”

Há diversos posicionamentos doutrinários sobre o tema, cujas razões argumentativas variam em torno, sobretudo, da incidência dos princípios constitucionais da legalidade (autotutela), segurança jurídica, devido processo legal, ampla defesa e contraditório. A proposta do presente artigo enseja, portanto, interpretação sistemática⁴ do dispositivo⁵ e ponderação de razões,⁶ de modo a harmonizá-lo com a totalidade do Direito, notadamente a Constituição da República, com vistas a inferir se a regra extraída do dispositivo é ou não constitucional. Confira-se, nessa linha, a doutrina de Juarez Freitas (2004, p. 76), *in verbis*:

Esse controle de sistematicidade requer, em qualquer caso, que se verifique se a norma está em rota de conflito ou contradição (formal ou material) com o todo sistêmico, ou com parte significativa do mesmo. Pressupõe, porém, mais profundamente, recolher da hipotética norma, não raro, o dever-ser que esta precisaria expressar para resguardá-la como pertencente ao sistema.

Nesse sentido, evidencia-se a necessidade de determinar o alcance e o sentido dos princípios assinalados de forma sistemática, bem assim sua influência e pertinência sobre o resultado da interpretação do parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999, levando a sério a unidade e a coerência do sistema jurídico, segundo o postulado hermenêutico da unidade, como adverte Humberto Ávila (2008, p. 97 e 124):

As normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente definindo-lhes o seu sentido e o seu valor. Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado

4 “Interpreta-se sistematicamente um objeto parcial sem que se transforme a parte numa micrototalidade despótica e insulada, é dizer, sem desvinculá-la de abordagem intersubjetiva. Vai daí a inferência que, bem assinalada, altera profundamente o modo de enxergar e de praticar a mediação exegética: *interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual.*” (FREITAS, 2004, p. 75). (grifo do autor).

5 “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.” (ÁVILA, 2008, p. 30).

6 “[...] a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação (*abwägungsbedürftig*).” (ÁVILA, 2008, p. 58).

ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras. [...] Dentre os mais importantes está o *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias da ordem e de unidade. Subelemento desse postulado, é o *postulado da coerência*, a impor ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhes são formal ou materialmente superiores. (grifo do autor).

Ademais, importa frisar que o tema do artigo se insere no enigmático ramo do Direito denominado Direito Administrativo Sancionador, expressão formulada por Fábio Medina Osório, cuja sistematização dogmática ainda está em construção, de acordo com a passagem doutrinária que é transcrita abaixo:

As sanções administrativas constituem o substrato do Direito Administrativo Sancionador. E as sanções penais integram o arcabouço do Direito Penal. Ambas constituem espécies do gênero Direito Sancionador ou Direito Punitivo, uma categoria ainda algo enigmática, visto que arrasta consigo um Direito Processual Punitivo e uma forte carga de interdisciplinaridade. [...] Ambas as sanções – penais e administrativas – interligam-se no universo ainda enigmático e pouco explorado do Direito Sancionador; o que remete o intérprete a discussões sobre a unidade da pretensão punitiva do Estado e seus desdobramentos. (OSÓRIO, 2007, p. 13 e 15).

2 Correntes doutrinárias sobre o tema

Em síntese, a despeito da positivação do art. 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784, de 1999, três correntes de pensamento doutrinário se formaram sobre o tema, conforme apontam quase todos os trabalhos que tratam do assunto.

Uma primeira corrente, com fundamento no princípio da legalidade e no poder de autotutela da administração pública, defende que a *reformatio in pejus* é possível, independentemente da participação do administrado, porquanto a autoridade administrativa competente para processar e julgar o recurso, diante do efeito devolutivo a ele inerente, ao se deparar com o ato administrativo

punitivo, tem o poder-dever de rever o ato se ilegal, máxime em virtude da concepção de vinculação positiva do administrador à lei.⁷

Tal posicionamento, contudo, não tem mais sustentação dogmática nos dias atuais, sobretudo em decorrência do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo. Além do princípio constitucional da legalidade, há diversos outros princípios constitucionais afetos à administração pública que não podem ser desconsiderados.

Uma segunda vertente de pensamento invoca os princípios da segurança jurídica, do devido processo legal substancial, do contraditório e da ampla defesa para afirmar inconstitucional a *reformatio in pejus* no âmbito do processo administrativo sancionador, mesmo que o administrado seja informado de que poderá haver decisão em seu desfavor e tenha a oportunidade de manifestar-se antes da decisão.

Não seria razoável e coerente, portanto, segundo essa corrente, garantir o direito a um recurso administrativo que poderia trazer resultado desfavorável; além disso, tal possibilidade serviria de fator inibitório ao exercício do direito legal e constitucional de recorrer, caracterizando violação aos princípios citados acima.

Sem embargo, a mera ciência de que é possível a *reformatio in pejus*, a despeito da possibilidade de apresentação de razões, impede que o administrado conheça, de forma transparente, os motivos que podem levar à situação mais gravosa, em violação aos direitos de informação, de manifestação e de ver os argumentos considerados de forma adequada (tríplice acepção dos princípios do contraditório e da ampla defesa).⁸

7 Em Direito Administrativo, há doutrina clássica a respeito da vinculação positiva do administrador à lei, a qual tinha inquestionável prestígio antes da Constituição vigente. Conhecida de todos é a posição externada por Hely Lopes Meirelles (2002, p. 86), *verbis*: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíba, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim.’” Refere-se aqui a doutrina do *positive Bindung* – vinculação positiva à lei –, consubstanciada no art. 18 da Constituição austríaca de 1920, produzida sob a influência decisiva de Kelsen, segundo a qual a administração pública não poderia atuar senão *auf Grund der Gesetze*, isto é, tendo a lei por fundamento. (BINENBOJM, 2006, p. 141).

8 A tríplice acepção dos princípios do contraditório e da ampla defesa foi desenvolvida, em substância, pela doutrina constitucional alemã, de modo que o cidadão-administrado tem, ao integrar a relação jurídica processual administrativa, o direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes, o direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo, e o direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas, ou seja, é dever do juiz ou da administração conferir atenção a eles (*Beachtenspflicht*), para, ao analisá-los (*Kenntnisnahmepflicht*), considerar de forma séria e detidamente as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*), em atenção ao dever constitucional de motivação da decisão a ser tomada, conforme já ressaltado em diversos precedentes do Supremo

Há uma terceira corrente sobre o tema, consoante à regra extraída do parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999, a qual entende ser possível a *reformatio in pejus* desde que seja permitida a formulação de razões pelo administrado antes da decisão. Os defensores desse ponto de vista fundamentam a posição adotada na premissa de que o tão-só fato de haver a previsão de manifestação antes da decisão no âmbito recursal é suficiente e adequada para preservar a eficácia constitucional do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Sintetiza a terceira corrente o posicionamento doutrinário de José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 325-326), o qual é transcrito abaixo:

A interpretação do texto não leva mesmo a conclusão diversa. Ao estabelecer que é possível que a decisão sobre o recurso possa causar gravame ao recorrente, está, implicitamente, admitindo que, mesmo tendo recorrido apenas o interessado (o que aqui vai ser a regra, já que quase não haverá o contraditório de partes, como sucede no processo judicial), pode ocorrer que a decisão no recurso desfavoreça mais ainda o recorrente do que a decisão recorrida o fizera. A atenuação instituída pelo legislador corre por conta da obrigatória oportunidade de se abrir ao recorrente espaço para o oferecimento de novas alegações. Assim, confirmando-se decisão mais gravosa, não se poderá dizer que o interessado não teve a chance de deduzir razões para evitá-la, o que representa observância do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Nota-se, portanto, que o objeto da análise retrata, em verdade, hipótese em que a leitura sobre a incidência dos mesmos princípios constitucionais do devido processo legal, da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa acerca da interpretação de dispositivo infraconstitucional (art. 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784, de 1999) é feita de forma diversa por correntes doutrinárias de pensamento, o que enseja, como consequência natural, resultados distintos de interpretação. Daí a indagação: qual a melhor interpretação dentre elas, sob o enfoque axiológico-normativo e do relacionamento vertical entre as normas (postulado da coerência do ordenamento jurídico),⁹ perante a ordem constitucional?

Tribunal Federal, dentre os quais se destaca a fundamentação contida no Mandado de Segurança de nº 25.787 (STF, MS 25.787/DF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 8/11/2006, DJ 14/9/2007).

9 “O relacionamento vertical entre as normas (normas constitucionais e normas infraconstitucionais, por exemplo) deve ser apresentado de tal forma que o conteúdo de sentido da norma inferior deve ser aquele que ‘mais intensamente’ corresponder ao conteúdo de sentido da norma superior.” (ÁVILA, 2008, p. 128).

Somente uma interpretação sistemática adequada poderá guiar, de forma racional, qualquer conclusão sobre a questão posta, pois se está diante de tema cuja atividade interpretativa exercida pelas correntes doutrinárias sobre as mesmas normas jurídicas tem resultados em direção oposta.

Há nítida antinomia jurídica em sentido tópico-sistemático, conforme expressão cunhada pelo professor Juarez Freitas (2004, p. 91), cujo significado se depreende do trecho citado, *verbis*:

[...] cumpre sublinhar que as antinomias jurídicas, em sentido tópico-sistemático, reclamam ser pensadas, concomitantemente, como contradições lógicas e axiológicas. Com efeito, o sistema jurídico, assim como se o definiu, está a exigir, ao lado ou à diferença dos significados expostos, uma noção mais rica e complexa do que aquela que o vê, por exemplo, como simples aparato destinado à exclusão de incompatibilidades formais entre as normas. Destarte, para nossos efeitos, *conceituam-se as antinomias jurídicas como incompatibilidades possíveis ou instauradas entre regras, valores ou princípios jurídicos, pertencentes validamente ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade e da coerência do sistema positivo e para que se alcance a máxima efetividade da pluralista teleologia constitucional.* (grifo do autor).

A solução, portanto, deve ter fundamento constitucional e a administração tem legitimidade para deixar de aplicar dispositivo infraconstitucional porque inconstitucional, segundo o tópico a seguir.

3 Vinculação da administração pública à Constituição

Com o advento do Estado democrático de direito (Constituição da República de 1988) e a ascensão do pós-positivismo, foram superadas todas as pretensões teóricas de completude do ordenamento jurídico e de neutralidade do intérprete do Direito, de modo que o administrador, intérprete por excelência, até então vinculado, sob o ponto de vista ideológico, dogmático e normativo, à legalidade, vê-se agora norteado em sua atividade pela constitucionalização do Direito Administrativo.

Ou seja, ao lado do princípio da legalidade administrativa, encontram-se diversos outros princípios que regem a administração pública (art. 37, *caput*),

cuja eficácia e carga axiológico-normativa são evidentes e devem-se relacionar, à evidência, na atividade de interpretação e aplicação do Direito, com os direitos fundamentais previstos na Constituição, notadamente aqueles previstos nos incisos do art. 5º, em relacionamento horizontal, em conformidade com Humberto Ávila (2008, p. 128), *in verbis*:

O relacionamento horizontal entre as normas (princípios constitucionais mais gerais e princípios constitucionais mais específicos ou princípios e regras constitucionais, por exemplo) deve ser compreendido de modo que o conteúdo normativo da norma mais específica constitua precisamente uma “melhor especificação” da norma mais geral.

Nesse sentido, importa frisar que a Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico pátrio e a atuação administrativa, em qualquer âmbito, ao contrário do que se propugnou por muito tempo, está fundada na observância de todos os princípios constitucionais especificamente direcionados à administração pública¹⁰ e dos direitos fundamentais, conquanto se reconheça que a lei é o fundamento de atuação preponderante da administração pública, na busca do interesse público.¹¹

Vale transcrever as ponderações feitas por Luís Roberto Barroso, fundadas nos princípios da unidade, da supremacia da Constituição e da eficácia expansiva das normas constitucionais, no sentido da possibilidade de o Poder Executivo deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional,¹² *verbis*:

A interpretação da Constituição é exercida por órgãos dos três Poderes estatais. [...] A interpretação constitucional administrativa é levada a efeito pelo Poder Executivo, notadamente para pautar a própria conduta. Deverá

10 Confira-se a redação do inciso I, parágrafo único, do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999 (Lei de Processo Administrativo Federal): “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I – atuação conforme a lei e o Direito;” (grifo nosso).

11 Fala-se, inclusive, em atuação administrativa *contra legem*, segundo Gustavo Binbenojm (2006 p. 173 e ss), com amplo amparo em manifestações doutrinárias, jurisprudenciais e no direito comparado.

12 Faça-se alusão ao enunciado na Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em Sessão Plenária de 12/12/1963: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.” Embora o Tribunal de Contas seja órgão administrativo do Poder Legislativo, órgãos e entes administrativos do Poder Executivo também têm legitimidade para deixar de aplicar uma lei inconstitucional, eis que integram o conceito de administração pública.

ele reverenciar os princípios constitucionais da Administração Pública (CF, arts. 37 e s.) e conter-se dentro dos limites genéricos que lhe são impostos [...]. (BARROSO, 2004, p. 116-117). (grifo nosso).¹³

Logo, não restam dúvidas de que poderá o órgão administrativo, com competência funcional para julgar o recurso, considerar inconstitucional o parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999, e, assim sendo, deixar de aplicá-lo.

4 Comentários acerca da vedação da *reformatio in pejus* no Direito Processual Civil e Penal

Por sua interdisciplinaridade e em razão do fenômeno da processualidade administrativa¹⁴ operado pela Constituição vigente, o presente tema, ínsito ao Direito Administrativo Sancionador e de índole processual, não poderia prescindir da análise antecedente dos institutos da *reformatio in pejus* nos ramos do Direito Processual Civil e Penal.

Começemos, então, pelo Direito Processual Civil.

4.1 Direito Processual Civil

Embora a afinidade do Direito Processual Civil não seja tão intensa ao caso sob exame, é interessante comentar alguns aspectos relacionados à vedação da *reformatio in pejus*.

13 No mesmo sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 56), *verbis*: “A pluralidade de intérpretes da Constituição deriva, essencialmente, de sua supremacia hierárquica, bem como de seu caráter originário e fundador de todo o ordenamento. A circunstância de a Constituição ser a fonte de autoridade de todos os agentes estatais – e, correlatamente, determinar o fundamento de validade de todos os atos por estes praticados –, implica necessariamente que o exercício das funções públicas pressuponha um constante labor interpretativo”. (grifo nosso).

14 O fenômeno da processualidade administrativa significa, em linhas gerais, assegurar-se ao cidadão, no âmbito administrativo, todos os direitos fundamentais de natureza processual garantidos nos processos judiciais, notadamente o princípio do devido processo legal na ótica formal, substancial e procedimental, bem assim os princípios do contraditório e da ampla defesa, com vistas à prolação de uma decisão administrativa justa e adequada ao caso concreto. Tais princípios são extraídos tanto da Constituição da República quanto, no âmbito federal, da Lei nº 9.784/99, sobretudo do artigo 2º da referida lei.

No âmbito do processo civil, a vedação da *reformatio in pejus* não resulta de regra explícita e se fundamenta, em síntese, no princípio dispositivo que rege a atividade da parte ao exigir do Estado-juiz a tutela jurisdicional, reputando-se o direito ao recurso como um prolongamento do direito de ação.

A relação do direito ao recurso com o direito de ação se dá porque, ao ser interposto, o recurso dá ensejo à devolução da matéria impugnada a qual constitui objeto de tutela jurisdicional, dentro do processo, ao órgão do Poder Judiciário com competência funcional para processá-lo e julgá-lo. Esse órgão apreciará o objeto do recurso no exercício da função jurisdicional do Estado, razão pela qual se entende o recurso como extensão do próprio direito de ação exercido no processo e dirigido, em princípio, aos órgãos recursais.¹⁵

A propósito do assunto, muito pertinentes são as observações de Araken de Assis (2008, p. 105):

Funda-se a proibição da *reformatio in pejus* em dois pilares: de um lado, o princípio dispositivo, tão intenso no grau recursal quanto na formação do processo na origem, e, neste particular, deita raízes no direito fundamental do devido processo legal; e, de outro, o interesse exigido para impugnar as decisões judiciais.

Então, a vedação da *reformatio in pejus* consiste em instituto que foi concebido e formatado para favorecer exclusivamente quem tem o direito ao recurso, por força do princípio dispositivo, com vistas dar oportunidade à apreciação do objeto de impugnação em novo julgamento, em regra, por outro órgão, de modo que o pronunciamento não pode ser desfavorável ao recorrente.

Logo, limitado o objeto do recurso pelo recorrente em razão do efeito devolutivo, a vedação da *reformatio in pejus* extrai sua razão essencial do inconformismo da parte prejudicada com a decisão, o que dá ensejo à interposição do recurso, por força do princípio dispositivo, em que se veicula o interesse de obter provimento jurisdicional mais favorável.

15 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Volume 3. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 22: “O recurso é ‘simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo’. O direito de recorrer é conteúdo do direito de ação (e também do direito de exceção), e o seu exercício revela-se como desenvolvimento do direito de acesso aos tribunais”.

Em suma, no âmbito do Direito Processual Civil, a impugnação de decisões é informada pela regra de vedação da *reformatio in pejus*, em vista do princípio dispositivo e do direito de acesso ao órgão recursal e aos meios de impugnação cabíveis. O direito de impugnar existe em benefício da parte que o exerce.

4.2 Direito Processual Penal

Ao contrário do que ocorre no Direito Processual Civil, o Código de Processo Penal traz regra explícita a respeito da vedação da *reformatio in pejus*. Veja-se o teor do art. 617 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

No Direito Processual Penal, portanto, a vedação da *reformatio in pejus* é intensa e resguarda o réu de qualquer piora em sua situação no processo. Logo, frise-se, no Direito Processual Penal, também não se admitem recursos cujo resultado seja desfavorável àquele que o interpôs. Eugênio Pacelli de Oliveira sintetiza de forma clara o alcance da regra no âmbito do processo penal, tratando-a como princípio, *verbis*:

Há várias maneiras de se pretender justificar a adoção do princípio. A nosso juízo, todas elas podem ser resumidas em uma única: a vedação da *reformatio in pejus* outra coisa não seria que uma das manifestações da ampla defesa. Com efeito, a garantia do duplo grau, como conteúdo da ampla defesa, deve abranger também a garantia da vedação da *reformatio in pejus*. O risco inerente a todas as decisões judiciais poderia ter efeitos extremamente graves em relação ao acusado, no ponto em que atuaria como fator de inibição do exercício do direito ao questionamento dos julgados. [...]. Há, pois, manifesto interesse público na afirmação do princípio, contido implicitamente na norma constitucional assecuratória da ampla defesa e inserido no contexto das garantias individuais previstas na Constituição da República. (OLIVEIRA, 2008, p. 669).

Em resumo, torna-se fácil concluir, à luz da interdisciplinaridade do Direito Administrativo sancionador e do postulado hermenêutico da unidade, que

o sistema jurídico, como um todo, dota o recurso da natureza de meio de impugnação concebido para favorecer quem o exerce, máxime em virtude do princípio dispositivo, enquanto desdobramento do direito de ação, por força dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

5 Efetiva análise do parágrafo único do artigo 64 da Lei n.º 9.784/99: pode o mesmo órgão estatal “acusar” e julgar o recurso voluntário do administrado?

Com efeito, são conhecidas as assertivas de que ninguém é bom juiz de si mesmo ou de que ninguém deve ser juiz em causa própria. A parcialidade é evidente e não demanda maiores considerações. Basta observar, por exemplo, o regime jurídico dos impedimentos e suspeições no âmbito do Direito Processual Civil e Penal para concluir pela lesividade intensa de o órgão jurisdicional ter algum interesse ou, de certa forma, ter tomado partido de alguma posição jurídica durante o processo e no processo.

Só há equilíbrio no processo quando as funções de acusar, defender e julgar são exercidas e atribuídas a diferentes órgãos e agentes, segundo o devido processo legal e sem que o administrado seja surpreendido, o que confere imparcialidade ao procedimento e à tomada de decisão.

No ponto, cumpre trazer, mais uma vez, as ponderações de Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 9):

[...] pensamos que somente uma leitura constitucional do processo penal poderá afastar, ou diminuir, tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável imparcialidade.

Assim sendo, a distribuição de funções no processo garante a imparcialidade do órgão que irá julgar. O órgão julgador não pode, portanto, acusar e julgar ao mesmo tempo. Todavia, é isso o que, justamente, ocorre no caso da regra extraída do parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999.

Em outras palavras, o mesmo órgão que irá julgar o recurso tem a incumbência legal de informar ao réu que a sanção imposta poderá ser agravada.

O que é isso senão a formulação, de forma oblíqua, de uma nova acusação, que se dá em decorrência do exercício do direito de recurso previsto em favor do administrado, surpreendendo-o?

No mais, há um óbice procedimental intransponível com a aplicação do art. 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784, de 1999, ao processo administrativo sancionador: como compatibilizar o dever de motivação ínsito ao ato administrativo, nos termos dos art. 2º e 50 da Lei nº 9.784, de 1999, com a comunicação do administrado para se manifestar sobre a possibilidade de sua pena ser agravada sem implicar julgamento prévio?

A regra em tela, em suma, quebra ou suprime a característica principal do processo, qual seja, o caráter dialógico, daí a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, por inviabilizar a manifestação e prejudicar o direito do administrado de ver os argumentos considerados de forma adequada pelo órgão julgador, em razão da parcialidade manifestada ao deliberar sobre a possibilidade de agravamento da pena.

Em outras palavras, diante da tríplice acepção dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o direito à informação é respeitado, mas não os direitos de manifestação e de ver argumentos considerados de forma adequada.

6 Conclusão

No âmbito do Direito Processual Civil e Penal, a regra da vedação da *reformatio in pejus* tem fundamentos idênticos e não guarda maiores questionamentos. O recurso, entendido como extensão ou desdobramento do direito de ação, foi formatado para favorecer àquele que o interpôs, por força do princípio dispositivo e do direito de acesso ao órgão recursal.

Assentadas tais premissas, volta-se ao processo administrativo sancionador e à regra extraída do parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999, para se concluir pela sua inconstitucionalidade.

À luz do Estado democrático de direito, no qual as funções de acusar, julgar e se defender devem ser exercidas no processo por diferentes órgãos e agentes, de modo a preservar a imparcialidade do órgão julgador, não se pode atribuir ao órgão que irá julgar o recurso a incumbência de informar, de forma motivada, as

razões do possível agravamento da pena, sem que isso implique nova acusação por vias oblíquas ou julgamento prévio, surpreendendo o administrado, que, simplesmente, exerceu seu direito de recurso.

Sob o ponto de vista sistemático, prejudicar o administrado em sede recursal, que consiste em instância aberta exclusivamente por sua iniciativa, viola efetivamente os princípios constitucionais informativos do processo.

Embora preserve o direito à informação, tal procedimento implica violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa nas vertentes do direito de manifestação e de ver os argumentos considerados de forma adequada, bem como o princípio da segurança jurídica ou da não surpresa. A aplicação do parágrafo único do artigo 64 da Lei nº 9.784, de 1999, no âmbito do Direito Administrativo sancionador é, portanto, inconstitucional. O recurso é instituto jurídico concebido para favorecer quem o exerce; em outras palavras, o administrado não pode ser prejudicado e surpreendido por ter exercido o direito de recurso.

Referências

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Juspodvim, 2008. v. 3.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. (Coord.). **Direito Sancionador: sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Sonegação Fiscal como Crime Antecedente de Lavagem de Dinheiro na Lei nº 9.613, de 1998, e no Projeto de Lei nº 3.443, de 2008

Sara Moreira de Souza*

1 Introdução. 2 Sonegação fiscal; 2.1 Breve análise do delito; 2.2 Produto do crime; 2.3 Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. 3 Lavagem de dinheiro; 3.1 Noções preliminares acerca do crime; 3.2 Objeto material; 3.3 Crime antecedente. 4 Sonegação fiscal como crime antecedente de lavagem de dinheiro; 4.1 Não inclusão explícita do delito de sonegação fiscal no rol de crimes antecedentes da Lei nº 9.613, de 1998 ; 4.2 Crime de sonegação de contribuição social previdenciária; 4.3 Sonegação fiscal praticada por organização criminosa; 4.4 Crime antecedente e o Projeto de Lei nº 3.443, de 2008; 4.5 Extinção da punibilidade do crime antecedente pelo pagamento do tributo. 5 Conclusão.

Resumo

Estuda a sonegação fiscal como crime antecedente de lavagem de dinheiro à luz da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e do Projeto de Lei nº 3.443, de 16 de junho de 2008. Para tanto, faz-se uso de um método de análise doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Sonegação Fiscal. Lavagem de Dinheiro. Crime Antecedente. Lei nº 9.613, de 1998. Projeto de Lei nº 3.443, de 2008.

* Advogada, graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Abstract

Tax Fraud as a previous crime to Money Laundering in the Law nº 9.613/98 and the Draft Law nº 3443/08. This paper intends to analyse the tax fraud as a previous crime to money laundering regarding the Law nº 9.613/98 and the Draft Law nº 3443/08. Doctrine and sentences are studied. In Brazil, the Law nº 9.613/98 criminalizes the laundering of wealth created by any of the criminal activities of the list in section 1. Although tax fraud is not clearly indicated in that list, it can be inferred from the Law nº 9613/98 itself two cases in which such offense may be deemed as a previous crime to money laundering: social security tax fraud and tax fraud committed by an organized criminal group. As a result of the eventual approval of the Draft Law nº 3443/08, which aims to amend the Law nº 9613/98, tax fraud on any of its forms (common or specific type), whether it is committed by a an organized criminal group or not, may be considered as a previous crime to money laundering.

Keywords: *Tax Fraud. Money Laundering. Previous Crime. Law nº 9613/98. Draft Law nº 3443/08.*

1 Introdução

No final do Império Romano, Diocleciano, imperador de 234 a 305, aperfeiçoou o sistema romano de arrecadação de tributos, baseado no organizado fisco das cidades-estado da Grécia antiga, bem como instituiu a fiscalização para combater a sonegação fiscal por parte dos proprietários de terras, já que a maioria dos tributos incidiam sobre a propriedade (OLIVEIRA, 2008).

Atualmente, mais de 1.700 anos depois, o crime de sonegação fiscal continua sendo praticado e gera vultosos recursos a quem o comete. De acordo com dados da Receita Federal do Brasil, 11,7 milhões de pessoas e 464.363 empresas, no ano de 1998, não declararam imposto de renda, não obstante tivessem movimentado R\$341,6 bilhões em instituições financeiras (FELDENS, 2002). A sonegação fiscal acarreta graves prejuízos à fazenda pública e, conseqüentemente, a grande parte da sociedade brasileira, que sofre com um sistema de saúde ineficiente,

segurança pública precária e rede pública de ensino cada vez mais sucutada. Somente mediante uma arrecadação efetiva, com um mínimo de sonegação fiscal por parte do cidadão, aliada à eficiente gestão dos recursos públicos, ou seja, sem desvios ou má utilização da verba pública, o Estado poderá cumprir com suas finalidades e caminhar para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Conforme leciona Baltazar Junior (2008), o crime de sonegação fiscal está previsto nos art. 1º e 2º, I, III, IV e V, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, em relação aos **tributos em geral**, e no art. 337-A do Código Penal, referente às **contribuições sociais previdenciárias**, de forma que este é um tipo especial de sonegação fiscal, enquanto aquele é o tipo comum (tributos em geral).

Além da sonegação fiscal, há outros crimes, como o tráfico ilícito de entorpecentes, que proporcionam lucros elevados para o criminoso. A fim de usufruir o produto resultante desses atos delituosos, o agente necessita ocultar a sua origem ilícita e transformá-lo em ativo de aparência lícita. Tal processo denomina-se lavagem de dinheiro ou de capitais, pois se apresenta como conjunto de atos tendentes a tornar “limpo” o dinheiro “sujo”, proveniente de atividade criminosa. A norma que disciplina o delito de lavagem de dinheiro é a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

O crime de lavagem de dinheiro, pela sua própria natureza, é um crime acessório, visto que exige a ocorrência de um crime anterior, denominado crime antecedente ou prévio. A Lei nº 9.613, de 1998, em seu art. 1º, prevê um rol taxativo de crimes antecedentes, a saber: tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; crimes contra a administração pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; crimes contra o sistema financeiro nacional; crime praticado por organização criminosa; e crime praticado por particular contra a administração pública estrangeira (art. 337-B, 337-C e 337-D do Código Penal). Logo, no Brasil, o delito de lavagem de dinheiro pressupõe a prática de algum dos crimes presentes no rol do artigo citado, considerados crimes

anteriores. Como a sonegação fiscal não consta expressamente do rol do art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998, há doutrinadores que afirmam que tal delito não pode ser, em hipótese alguma, crime antecedente de lavagem de dinheiro. Entretanto, mediante uma análise mais minuciosa do art. 1º, pode-se concluir que há, sim, hipóteses em que o crime de sonegação fiscal pode ser reputado como delito prévio de lavagem de dinheiro, conforme será explanado ao longo deste artigo.

O Projeto de Lei nº 3.443, de 16 de junho de 2008, em trâmite na Câmara dos Deputados, propõe significativas mudanças na Lei nº 9.613, de 1998, entre elas a supressão do catálogo de crimes antecedentes, vez que o objeto material do delito de lavagem de dinheiro corresponderia a bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de **infração penal**.

À vista da possibilidade da sonegação fiscal ser considerada crime antecedente de lavagem de dinheiro, surge uma importante questão a ser discutida, a saber, a repercussão, para o delito de lavagem de dinheiro, da extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal pelo pagamento do tributo.

O objetivo principal do presente artigo consiste, portanto, em examinar a possibilidade de se considerar sonegação fiscal como crime antecedente de lavagem de dinheiro, tendo em vista a atual redação da Lei nº 9.613, de 1998, bem como discorrer acerca da repercussão jurídica da aprovação do Projeto de Lei nº 3.443, de 2008, para a caracterização da sonegação fiscal como crime antecedente de lavagem de dinheiro, seguindo-se uma linha de análise doutrinária e jurisprudencial.

2 Sonegação fiscal

2.1 Breve análise do delito

O crime de sonegação fiscal foi conceituado e tipificado inicialmente pela Lei nº 4.729, de 14 de julho 1965. Com o advento da Lei nº 8.137, de 1990, que definiu os crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo, a Lei nº 4.729, de 1965, restou revogada, com exceção de seu art. 5º, que havia modificado os §§ 1º e 2º do art. 334 do Código Penal. A nova lei,

entretanto, não conceituou o crime de sonegação fiscal, mas apenas descreveu condutas que devem ser consideradas crimes contra a ordem tributária. Nesse contexto, alguns autores, como Andreucci (2005) e Moraes e Smanio (2001), afirmam que os denominados crimes de sonegação fiscal somente são aqueles definidos nos art. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

Baltazar Junior (2008), por sua vez, divide os crimes contra a ordem tributária em quatro grupos: **crimes tributários aduaneiros**, que é o caso do descaminho, tipificado no art. 334 do Código Penal; **sonegação fiscal de tributos internos**, prevista nos art. 1º e 2º, I, III, IV e V, da Lei nº 8.137, de 1990, em relação aos tributos em geral, e no art. 337-A do Código Penal, relativo às contribuições sociais; **apropriação indébita**, estabelecida no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.137, de 1990, correspondente aos tributos em geral, e no art. 168-A do Código Penal, referente às contribuições sociais; e **crimes funcionais**, previstos no art. 3º da Lei nº 8.137, de 1990, e no art. 318 do Código Penal. Aduz, ainda, que:

Hoje em dia, então, ocorre a seguinte situação: os tipos especiais, que são os crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária (especial em relação ao crime de sonegação de tributos em geral), estão no CP, enquanto o tipo comum (crime de sonegação de tributos em geral) está na lei especial, que é a Lei nº 8.137/90. (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p. 415).

Nesse artigo, analisar-se-á o crime de sonegação fiscal em geral (art. 1º e 2º, I, III, IV e V, da Lei nº 8.137, de 1990), mas sem olvidar-se de, quando necessário, fazer referências ao tipo especial previsto no Código Penal.

O art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, declara que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as condutas estabelecidas nos incisos de I a V. Assim, para que haja crime de sonegação, é imprescindível que ocorra a supressão ou redução de tributo por meio de pelo menos um dos comportamentos fraudulentos previstos nos incisos. Trata-se, portanto, de crime material, pois exige um resultado, qual seja, a supressão ou redução de tributo, para sua consumação. Importante observar que contribuição social é tributo, de maneira que sua menção expressa no *caput* do art. 1º é completamente dispensável.

O art. 2º da Lei nº 8.137, de 1990, prevê outros crimes da mesma natureza, ou seja, contra a ordem tributária, descritos nos incisos de I a V. Porém, não exige o resultado supressão ou redução de tributo, o que leva alguns autores a classificar, de maneira equivocada, os crimes nele tipificados como necessariamente formais (MORAES; SMANIO, 2001).

A partir de uma análise mais detalhada dos incisos do art. 2º da lei em questão, conclui-se que há também delitos materiais, como o previsto no inciso III, nas modalidades **pagar e receber** (NUCCI, 2006). O que difere os crimes materiais do art. 2º daqueles elencados no art. 1º é o resultado exigido, que nestes é especificamente a supressão ou redução de tributos e, naqueles, qualquer outro, a depender do tipo penal.

Baltazar Junior (2008) ressalta que os delitos previstos no inciso I do art. 2º e no inciso I do art. 1º são extremamente semelhantes, entretanto são crimes diversos. A diferença substancial entre eles reside no fato de que o último é crime material, pois, como dito anteriormente, exige um resultado, consistente na supressão ou redução de tributo, enquanto o primeiro é formal, vez que é suficiente para a sua consumação a realização de conduta fraudulenta com a finalidade de suprimir ou reduzir tributo, não sendo necessária a produção de um resultado. Destarte, jurisprudência e doutrina manifestam-se no sentido de que o inciso I do art. 2º representa a forma tentada do mesmo inciso do art. 1º.

2.2 Produto do crime

Produto do crime (*producta sceleris*) é todo bem obtido **diretamente** pelo agente em decorrência da prática do ato delituoso. “É o resultado útil imediato da operação delinquencial: bens, ou bem, produzidos por indústria do infrator” (PITOMBO, S., 1973, p. 9, apud PITOMBO, A., 2003 p. 106), por exemplo, a coisa furtada ou roubada.

Quando o bem é auferido pelo infrator de forma **indireta**, denomina-se provento ou proveito da infração (*fructus sceleris*). “É o resultado útil mediato da operação delinquencial: o ganho, o lucro, o benefício que ao delinquente adveio da utilização econômica do produto direto do crime ou da contravenção”

(PITOMBO, S., 1973, p. 9-10, apud PITOMBO, A., 2003 p. 107), como o dinheiro obtido pela alienação da coisa furtada ou roubada.

Não se confunde o produto (direto ou indireto – proveito) do crime com o preço do crime (*pretium sceleris*), posto que este corresponde ao valor ou bem dado ao agente para praticar o delito.

Como foi dito anteriormente (ver 1.1), os crimes de sonegação fiscal disciplinados pelo art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, são crimes materiais, visto que exigem um resultado, consistente na supressão ou redução de tributo, para a sua consumação. O produto da sonegação fiscal em tais crimes corresponde, portanto, ao valor da supressão ou redução do tributo. Exemplo: o indivíduo A deveria pagar, em dado momento, um tributo no valor de R\$5.000,00; porém, mediante declaração falsa à autoridade fazendária, é considerado isento e nada paga à fazenda pública; o produto do delito de sonegação fiscal equivale à vantagem econômica no valor de R\$5.000,00 obtida pelo criminoso após a declaração falsa às autoridades.

O art. 2º da Lei nº 8.137, de 1990, prevê crimes formais e materiais. Estes exigem resultados variados, logo o produto do crime vai depender da conduta praticada. Por exemplo, se um indivíduo pratica a conduta descrita no inciso III, na modalidade **receber**, o produto do crime seria o valor recebido correspondente a percentagem sobre a parcela deduzida ou dedutível de tributo como incentivo fiscal.

Logo, o produto dos crimes do art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, é o valor da supressão ou redução do tributo, mas o produto dos crimes materiais do art. 2º dependerá da conduta praticada.

2.3 Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo

A punibilidade nada mais é do que consequência jurídica da prática de um crime, cujo conceito aqui adotado é o analítico, a saber, crime como conduta típica, ilícita e culpável. Como a punibilidade não está incluída no conceito de crime, sendo apenas efeito de sua perpetração, a extinção dela em nada afeta o delito em si, atingindo somente o *jus puniendi* do Estado. O art. 107 do Código Penal exibe um rol não exaustivo de causas extintivas da punibilidade.

Importa ressaltar que, não obstante seja extinta a punibilidade de um crime, **o fato criminoso continua existindo** e, portanto, produzindo efeitos civis e criminais, como o reconhecimento da reincidência. “O crime subsiste, pois uma causa posterior ou sucessiva não pode apagar o que já se realizou no tempo e no espaço” (NORONHA, 2004, p. 344), com exceção da hipótese de *abolitio criminis*, prevista no inciso III do art. 107 do Código Penal, que efetivamente descriminaliza a conduta praticada anteriormente pelo agente.

O art. 14 da Lei nº 8.137, de 1990, determinava a extinção da punibilidade dos crimes definidos nos art. de 1º a 3º quando o agente pagasse o tributo ou a contribuição social, inclusive acessórios, **antes** do recebimento da denúncia. **Esse artigo foi revogado pela Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991**, que, posteriormente, foi revogada pela Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Atualmente, após a sucessão de várias leis, é a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003 (Paes ou Refis II), que trata da suspensão e da extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal¹ determinando que seja extinta a punibilidade do delito de sonegação fiscal caso seja efetuado o pagamento integral do tributo e seus acessórios. É pacífico que esse dispositivo normativo alcança também as pessoas físicas (BALTAZAR JUNIOR, 2008).

Pode-se concluir, portanto, que extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal pelo pagamento do tributo, assim como as outras causas de extinção dispostas no art. 107, com exceção da *abolitio criminis*, não desconfigura o crime em si, apenas afeta o direito de punir do Estado. Não obstante a reparação pelo agente do dano ocasionado ao erário, o crime de sonegação fiscal, que consiste não só em um inadimplemento, mas também em uma **fraude** contra o Estado, subsiste, de tal maneira que permanecem seus efeitos na esfera civil e criminal.

1 “Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos art. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos art. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º **Extingue-se a punibilidade** dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.” (grifo nosso).

3 Lavagem de dinheiro

3.1 Noções preliminares acerca do crime

Determinados crimes, como o tráfico ilícito de entorpecentes, proporcionam, para o criminoso, resultados de expressivo valor econômico. Para desfrutar do produto oriundo de atos delituosos, o agente deve ocultar a sua origem criminosa e transformá-lo em ativo de aparência lícita. Esse processo denomina-se lavagem de dinheiro porque se apresenta como conjunto de atos tendentes a tornar “limpo” o dinheiro “sujo”, proveniente de atividade ilícita.

Damásio de Jesus (2002) afirma que a lavagem de capitais surgiu da necessidade e da dificuldade de se ocultar o produto do crime. A propósito, cita interessante trecho do texto *O irmão de Ali-Babá*, de Carlos Heitor Cony, transcrito a seguir:

Todo mundo conhece a história de Ali-Babá. Numa deformação bem própria de nossa cultura, nós o associamos aos 40 ladrões como se ele fosse um deles. Na realidade ele roubou mesmo, só que roubou de ladrões e mereceu os cem anos de perdão de praxe. Mas todos nos esquecemos do irmão dele, que era rico, enquanto Ali-Babá era pobre. Chamava-se Cassim, Casimiro ou nome equivalente a isso, não importa. Esse irmão começou a invejar a fortuna que Ali-Babá trazia para casa. Acompanhou-o até a caverna dos ladrões, aprendeu a senha famosa (‘abre-te, sésamo!’), mas, lá dentro, depois de encher sacos e sacos com ouro e joias, esqueceu-se da senha para fechá-la. Dizia: ‘Fecha-te, sesgo (sic); fecha-te isso e aquilo’ – e nada acontecia. Os ladrões voltaram, viram o estrago, mataram e esquartejaram o irmão de Ali-Babá. Desde criança tenho pena do irmão dele. Costumo esquecer senhas, caminhos, nomes de pessoas e, sobretudo, números de telefone. Compreendo o drama que o tal Cassim ou Casimiro viveu. Outro dia, deu um troço no meu computador, queria fechá-lo, no desespero, a solução final foi desligá-lo da tomada e chamar um técnico. Recursos que o irmão de Ali-Babá não teve. A moral da história é óbvia: roubar é coisa fácil. E cada vez mais fácil. O difícil, às vezes, é esconder o roubo. Mas nem sempre. Os casos mais notórios da nossa vida pública repetem monotonamente a aflição de Cassim ou Casimiro tentando fechar a caverna do tesouro, mas se esquecendo da senha mágica. Mas nem todos são distraídos como eu

e como o irmão de Ali-Babá. Num caderninho ou na agenda eletrônica, levam o nome salvador. Muitos conseguem entrar e sair. Ganham nas instâncias finais. Depois de saquearem a maravilhosa caverna do erário, alegam que enriqueceram na iniciativa privada.

Antônio Pitombo (2003, p. 38, grifo do autor) entende que a lavagem de dinheiro “consiste em **ocultar ou dissimular a procedência criminosa de bens e integrá-los à economia, com aparência de terem origem lícita**”. Baltazar Junior (2008, p. 495) conceitua lavagem de dinheiro como “atividade que consiste na desvinculação ou afastamento do dinheiro da sua origem ilícita para que possa ser aproveitado”. Para Silva (2001, p. 33), a expressão “lavagem de dinheiro” é “utilizada para designar o dinheiro ilícito com aparência de lícito, ou seja, o ‘dinheiro sujo’ transformado em ‘dinheiro limpo’, ou, ainda, o ‘dinheiro frio’ convertido em ‘dinheiro quente’, com a ocultação de sua verdadeira origem”.

O processo de lavagem de dinheiro ocorre em três etapas: colocação, dissimulação e integração (BALTAZAR JUNIOR, 2008).

A colocação (*placement*) é a fase em que há a ocultação ou conversão do produto do crime. Este é separado fisicamente do autor do delito, como no depósito em instituição financeira, na troca por moeda estrangeira, na transferência eletrônica para paraísos fiscais etc.

Já a dissimulação realiza-se por meio de uma série de transações financeiras com o fim de encobrir a trilha do dinheiro (*paper trail*). Por exemplo, o agente efetua várias transferências de valores, inclusive “via cabo” (*wire transfer*),² utilizando-se, na maioria das vezes, de contas de empresas “fantasmas” ou de pessoas físicas “laranjas”, para dissimular a origem ilícita do capital.

Por fim, a integração (*integration* ou *recycling*) corresponde à etapa em que os bens, já com aparência de legítimos, são usados para investimentos em negócios lícitos ou na aquisição de bens. O mercado financeiro, o ramo imobiliário e o comércio de artes e de antiguidades são os principais alvos dos lavadores (PITOMBO, A., 2003).

Tal classificação é meramente didática, visto que, no caso concreto, as etapas, por vezes, apresentam-se tão interligadas que não se consegue distingui-las.

2 Dólar-Cabo corresponde a um sistema de remessa de valores alternativo e paralelo ao sistema bancário ou financeiro oficial. As remessas são realizadas por meio de um sistema de compensações baseado na confiança, como no seguinte exemplo: um cliente entrega, em espécie ou por transferência bancária, reais a um “doleiro” no Brasil; este, por sua vez, disponibiliza a moeda estrangeira equivalente requisitada em favor do seu cliente, no exterior, em reais ou por transferência bancária para conta do cliente em outro país.

Ademais, para a consumação do crime de lavagem de dinheiro, não é necessária a ocorrência cumulativa das três etapas.

O Brasil somente editou lei criminalizando a lavagem de dinheiro em 1998. A Lei nº 9.613, de 1998, dispõe sobre o crime de lavagem de dinheiro, a prevenção da utilização do sistema financeiro para a perpetração de tal delito e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), entre outras providências. Foi criada com base nos preceitos da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, também chamada de Convenção de Viena, adotada em 1988 e considerada um marco importante no combate à lavagem de dinheiro. A partir daí, muitos países passaram a tipificar a lavagem de capitais, enquanto outros alteraram sua legislação para adequarem-se aos ditames da convenção.

Com relação ao bem jurídico, a doutrina diverge. Três são as correntes principais: superproteção ao bem jurídico do crime antecedente; administração da justiça; e ordem econômica. A posição doutrinária mais aceita e que parece ser a mais coerente é a que considera a ordem econômica como bem jurídico tutelado pelo crime em questão. Antônio Pitombo (2003), um dos defensores dessa idéia, afirma que o crime organizado, mediante a prática de diversos crimes, obtém elevadas somas de dinheiro e, após “lavar” esse capital, integra-o no mercado legítimo, utiliza-o para corromper o Estado e prejudica o sistema econômico-financeiro, o que, para alguns países latino-americanos, representa um obstáculo à captação de investimento estrangeiro lícito.

Silva (2001) afirma que, de acordo com estudos da Organização das Nações Unidas, o tráfico de drogas movimenta, no mundo, cerca de US\$400 bilhões anuais, cuja metade é lavada por organizações criminosas. Porém, as estatísticas sobre o volume de dinheiro lavado em escala global não são confiáveis, são apenas meras expectativas, visto que os agentes primam pelo elevado grau de sigilo de suas atividades, cuja necessidade decorre da própria natureza do delito. Demais, os esquemas de lavagem de dinheiro costumam abranger vários países, o que dificulta a apuração do real montante lavado. Apesar dos obstáculos, o Fundo Monetário Internacional (FMI) estimou que a soma dos recursos lavados mundialmente corresponderia a um valor entre 2% e 5% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial (SCHOTT, 2006).

Baltazar Junior (2008), em consonância com o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, considera o crime como pluriofensivo.

3.2 Objeto material

Objeto material é a pessoa ou a coisa sobre a qual recai o ato delituoso do agente, por exemplo, a coisa alheia móvel subtraída no crime de furto. Em alguns casos, pode confundir-se com o sujeito passivo, como na hipótese de homicídio (GRECO, 2006). Não é o mesmo que instrumento do delito, que é a coisa usada para a prática da ação (NORONHA, 2004). Objeto material é o alvo da conduta criminosa. Também não se confunde com o objeto, ou bem jurídico, uma vez que este representa um valor penalmente relevante.

O *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998, assim dispõe, *verbis*: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de **bens, direitos ou valores** provenientes, direta ou indiretamente, de crime” (grifo nosso). Observa-se que, apesar do *nomen iuris* lavagem de **dinheiro**, não somente dinheiro, como também bens, direitos e valores podem ser objeto material do delito de lavagem de capitais. Manifesta-se corretamente Antônio Pitombo (2003) no sentido de que o legislador laborou com imprecisão, visto que **direitos e valores** já estariam incluídos no conceito de **bem**, que é tudo aquilo que apresenta utilidade e suprimento escasso e, por isso, é suscetível de apropriação e contém valor econômico.

O bem objeto da lavagem de dinheiro deve, necessariamente, originar-se, **direta ou indiretamente**, de um dos crimes previstos nos incisos I a VII do artigo citado, denominados **crimes antecedentes** (CERVINI SANCHEZ; OLIVEIRA; GOMES, 1998). No caso concreto, é possível a configuração de dois ou mais crimes de lavagem de dinheiro em concurso material mesmo que os bens lavados provenham de apenas um crime antecedente. Nesse sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª região em ação penal referente ao furto ao Banco Central de Fortaleza/CE.³

3 “É possível a configuração de mais de um crime de lavagem, mesmo quando o objeto material (dinheiro) utilizado é oriundo do mesmo crime antecedente, desde que as ações sejam distintas e com designios autônomos. As atividades de empréstimo de dinheiro a juros, através de interposta pessoa, e de compra de objetos, imóveis e empresas em nome de terceiros, podem, de acordo com as circunstâncias, ser consideradas crimes distintos, em concurso material. [...]” (ACR

Logo, tendo em vista a expressão **provenientes, direta ou indiretamente, de crime**, presente no art. 1º, chega-se à conclusão de que se deve considerar como objeto material do crime de lavagem de dinheiro o **produto ou o proveito do crime antecedente**, assim como **qualquer outro bem decorrente direta ou indiretamente do delito antecedente**, como o preço do crime (BALTAZAR JUNIOR, 2008; PITOMBO, A., 2003) ou rendimentos financeiros oriundos do proveito do crime antecedente (BALTAZAR JUNIOR, 2008; SILVA, 2001).

3.3 Crime antecedente

O crime de lavagem de dinheiro, pela sua própria essência, é um delito acessório, visto que pressupõe a ocorrência de um crime anterior, chamado crime antecedente ou prévio. Entre o crime antecedente e o delito de lavagem de dinheiro, existe uma relação de acessoriedade material (PITOMBO, 2003), pois o **objeto material da lavagem de dinheiro**, como dito anteriormente, é o produto, o proveito ou qualquer outro bem oriundo direta ou indiretamente **do crime prévio**.

Como bem observou Silva (2001, p. 57), “se se tratasse de bens, direitos e valores advindos de atividade lícita, obviamente que o dinheiro seria limpo por sua própria natureza e, por conseguinte, faltaria objeto de sustentação para um novo enfoque do Direito Penal”. Considera-se o crime antecedente como *conditio sine qua non* para a configuração do delito de lavagem de dinheiro. É elemento do tipo objetivo, assim, uma vez ausente o crime antecedente, não há crime de lavagem de dinheiro; a conduta do autor é atípica (SILVA, 2001).

Uma questão cuja abordagem é de considerável importância para o presente artigo é a da extinção da punibilidade do crime antecedente e sua repercussão na configuração do delito de lavagem de dinheiro.

Consoante o exposto em 1.3, a punibilidade não está incluída no conceito de crime e consiste apenas em uma consequência jurídica de sua perpetração. Logo, a extinção da punibilidade não afeta o delito em si, atingindo somente o direito de punir do Estado, com exceção da hipótese de *abolitio criminis*, prevista no inciso III do art. 107 do Código Penal, que efetivamente descriminaliza o fato antes tido como delituoso.

nº 5520/CE, Des. Relator: Rogério Fialho Moreira, 2ª T., u., julg. em 9/9/2008). (grifo nosso).

O delito de lavagem de dinheiro, como dito anteriormente, é acessório, pois pressupõe a prática de um crime anterior, denominado crime antecedente ou prévio. Com relação a crimes acessórios e conexos, o art. 108 do Código Penal dispõe que a extinção da punibilidade de um crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este, e, nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão. A respeito, Noronha (2004, p. 345) assevera que “se estiver, por exemplo, prescrito, por qualquer forma, o direito de punir relativamente ao furto, não ficará, por isso, isento de pena o receptor”.

Seguindo essa linha de raciocínio no contexto dos crimes de lavagem de dinheiro, pode-se afirmar que, no caso de extinção da punibilidade do crime antecedente, este continua existindo como infração penal, de maneira que permanecem ilícitos os bens originados de sua prática. Dessa forma, tais bens, mesmo oriundos de crime antecedente cuja punibilidade foi extinta, continuam aptos a ser objeto material do delito de lavagem de dinheiro, pois sua origem não deixou de ser ilícita, com exceção da hipótese de *abolitio criminis*, conforme dito anteriormente.

Além de não desconfigurar o delito de lavagem de dinheiro, a extinção da punibilidade do crime antecedente também não se estende a ele, segundo a redação do art. 108 do Código Penal e do § 1º do art. 2º da Lei nº 9.613, de 1998, que dispõe o seguinte: “A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou **isento de pena o autor daquele crime**” (grifo nosso).

4 Sonegação fiscal como crime antecedente de lavagem de dinheiro

4.1 Não inclusão explícita do delito de sonegação fiscal no rol de crimes antecedentes da Lei nº 9.613, de 1998

O rol de crimes antecedentes disposto no art. 1º do Projeto de Lei nº 66, de 24 de dezembro de 1996, da Câmara dos Deputados, cuja aprovação resultou na Lei nº 9.613, de 1998, não continha o crime de sonegação fiscal. Diante disso, o

senador Jefferson Peres apresentou a Emenda nº 1 – CAE para incluí-lo no rol citado, que foi aprovada na Comissão de Assuntos Econômicos, mas rejeitada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CARLI, 2006). O argumento de tal rejeição está presente no item 34 da Exposição de Motivos nº 692/MJ, *verbis*:

34. Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal – lavagem de dinheiro – a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito.

Verifica-se que a justificção apresentada para não se considerar sonegação fiscal como crime antecedente de lavagem de dinheiro baseia-se em afirmações completamente equivocadas. Primeiramente, afirmou-se na nota da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e na exposiçõ de motivos que os bens, direitos e valores originados de atividade ilícita **devem representar um aumento do patrimônio do agente** e que, na hipótese de delito de sonegação fiscal, não ocorre agregação de novos bens, direitos ou valores ao patrimônio do sujeito ativo. Como já explanado na seção 2, o objeto material do delito de lavagem de dinheiro corresponde ao produto, ao proveito ou a qualquer outro bem decorrente direta ou indiretamente do delito antecedente. Dessa forma, não há necessidade alguma de que os bens, direitos e valores decorrentes de atividade ilícita representem um acréscimo no patrimônio do agente, basta que sejam oriundos direta ou indiretamente do delito antecedente. Assim, é patente que **existe produto do crime em se tratando de delito de sonegação fiscal** e que esse produto poderia, perfeitamente, ser objeto material de lavagem de dinheiro se sonegação fiscal fosse considerada crime antecedente.

Em segundo lugar, percebe-se que, na exposição de motivos, a sonegação fiscal é tratada como mero não pagamento de tributo, em uma tentativa leviana de apresentar o crime de sonegação fiscal como um delito que não fosse importante o suficiente para ser considerado crime antecedente. Porém, o indivíduo que apenas deixa de pagar um tributo, sem praticar nenhuma fraude, não comete crime de sonegação fiscal. Na lição de Baltazar Junior (2008, p. 416), o delito contra a ordem tributária pressupõe um inadimplemento aliado a uma fraude, “que poderá estar consubstanciada na omissão de alguma declaração, na falsificação material ou ideológica de documentos, no uso de documentos material ou ideologicamente falsos, na simulação etc.”. Portanto, não se pode confundir, como se faz na exposição de motivos, **inadimplemento de obrigação tributária com sonegação fiscal**. A fraude é o elemento que difere este, que é crime, daquele.

Em terceiro lugar, na exposição de motivos, chega-se ao absurdo de afirmar-se que uma transação realizada com valores oriundos de sonegação fiscal “constitui-se na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito”. Ora, se os recursos provêm de sonegação fiscal, que é **crime**, é claro que eles têm origem ilícita. Além disso, a partir do momento em que o agente suprime ou reduz tributo de maneira fraudulenta, o valor obtido com a supressão ou redução não mais pertence a ele, e sim ao Estado, destinatário do pagamento do tributo.

Pelo exposto, conclui-se que a ausência do delito de sonegação fiscal no catálogo de crimes antecedentes do art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998, foi evidentemente uma escolha política, pois os argumentos que justificam a não inclusão no rol, como demonstrado, são insustentáveis.⁴

4.2 Crime de sonegação de contribuição social previdenciária

O legislador, na criação da Lei nº 9.613, de 1998, incorreu em contradição, pois, não obstante toda a argumentação presente na nota da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e na exposição de motivos contra a inclusão

⁴ São favoráveis à introdução do crime de sonegação fiscal no rol de delitos prévios, entre outros, Silva (2001), Maia (1999), Baltazar (2008) e Antônio Pitombo (2003), que cita os autores Marco Antonio de Barros, Silvana Batini César Góes, Ângelo Roberto Ilha da Silva e José Antonio Farah Lopes de Lima.

do delito de sonegação fiscal no rol de crimes antecedentes, inseriu, no inciso V do art. 1º, crime contra a administração pública, aí estando incluso o crime de sonegação de contribuição social previdenciária previsto no art. 337-A do Código Penal.

Conforme foi explicado na seção 1, a sonegação fiscal está prevista nos art. 1º e 2º, I, III, IV e V, da Lei nº 8.137, de 1990, em relação aos **tributos em geral**, e no art. 337-A do Código Penal, referente às **contribuições sociais**, de tal sorte que este é um tipo especial de sonegação fiscal, enquanto aquele é o tipo comum (tributos em geral).

Verifica-se uma total incoerência na elaboração da lei. Se, nos dizeres dos deputados e senadores contrários à inclusão do delito de sonegação fiscal, este não poderia ser delito prévio de lavagem de dinheiro por vários motivos, não se poderia incluir no catálogo de crimes antecedentes, igualmente, o crime de sonegação de contribuição social previdenciária, **tipo especial de sonegação fiscal**.

Portanto, sonegação fiscal pode ser crime antecedente de lavagem de capitais se o tributo sonegado for contribuição social previdenciária, segundo dispõe a própria Lei nº 9.613, de 1998, em seu art. 1º, V.

4.3 Sonegação fiscal praticada por organização criminosa

O inciso VII do art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998, prevê, como delito antecedente de lavagem de dinheiro, qualquer crime praticado por organização criminosa, porém a lei mencionada não definiu organização criminosa.⁵ Além disso, não existe, no ordenamento pátrio, **crime** de organização criminosa, e a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que trata da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, não define essa espécie de organização. Nesse contexto, a doutrina divide-se acerca da eficácia do inciso VII do art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998.

Alguns doutrinadores manifestam-se no sentido de que o conceito de organização criminosa equipara-se ao de quadrilha ou bando e, portanto, deve-se

5 Nelson Jobim, ministro da Justiça na época da elaboração da lei, explicou a omissão nos seguintes termos: “Resolvemos não definir a expressão ‘organização criminosa’ para deixar que a jurisprudência e a prática no exercício e na aplicação na lei (sic) pudessem produzir um conceito que viesse a abranger e a estabelecer o universo pessoal de aplicação dessa regra.” (JOBIM, 2000, p. 15).

levar em conta o que dispõe o art. 288 do Código Penal. Outros afirmam caber à doutrina e à jurisprudência a definição do que seja realmente crime organizado. Há ainda juristas que consideram o inciso VII totalmente ineficaz, como Antônio Pitombo (2003), porque não há o tipo penal de organização criminosa na legislação brasileira. Não prospera tal argumento porque a Lei nº 9.613, de 1998, ao considerar delito prévio qualquer crime praticado por organização criminosa, não exige que exista o **delito específico** de organização criminosa, mas apenas que um crime seja **praticado por** uma organização desse naipe.

De fato, o inciso VII é uma norma penal em branco, pois a descrição da conduta proibida precisa de complementação, a saber, o conceito de organização criminosa (GRECO 2006). Assim, é essencial que se defina organização criminosa e que tal conceito, em observância ao princípio da legalidade, esteja presente em lei. Entretanto, não é necessário que essa definição traduza-se em um tipo penal.

O posicionamento que se mostra mais coerente é o que considera como definição legal de organização criminosa aquela contida na Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional de 15 de novembro de 2000. Também conhecida como Convenção de Palermo, entrou em vigor no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 231, 29 de maio de 2003, e pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, adquirindo, portanto, *status* de lei ordinária, de forma que foi respeitado o princípio da legalidade. O conceito de organização criminosa está presente em seu artigo 2º e é utilizada com frequência pelos tribunais pátrios, inclusive pelo Superior Tribunal Justiça.⁷

Logo, partindo-se da premissa de que o inciso VII do art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998, é inteiramente eficaz, tendo em vista a definição legal de organização criminosa prevista na Convenção de Palermo, conclui-se que é plenamente possível reputar a sonegação fiscal praticada por organização criminosa como crime antecedente de lavagem de dinheiro, com exceção da hipótese de prática

6 “Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) ‘Grupo criminoso organizado’ – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; b) ‘Infração grave’ – ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior; c) ‘Grupo estruturado’ – grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada; [...]”

7 (TRF5, HC nº 3115/PE, Des. Relator(a): Joana Carolina Lins Pereira, 1ª T., u., julg. em 28/2/2008); (STJ, HC nº 77771/SP, Min. Relator(a): Laurita Vaz, 5ª T., u., julg. em 22/9/2008).

de delito previsto no art. 2º da Lei nº 8.137, de 1990, tendo em vista que os crimes ali tipificados não se enquadram no conceito de infração grave.

4.4 Crime antecedente e o Projeto de Lei nº 3.443, de 2008

O Projeto de Lei nº 3.443, de 2008, em trâmite na Câmara dos Deputados, originou-se no Senado (Projeto de Lei nº 209, de 28 de maio de 2003) e propõe alterações na Lei nº 9.613, de 1998, com o objetivo de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. A modificação mais importante consiste na nova redação a ser dada ao *caput* do art. 1º e seus §§ 1º e 2º, conforme determina o art. 1º projeto de lei:

Art. 1º O Capítulo V e os arts. 1º a 12, e 16 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de **infração penal**.

Pena: reclusão, de três a dezoito anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de **infração penal**:

.....

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe ou deveria saber serem provenientes de **infração penal**;

..... (grifo nosso).

Se tal alteração fosse aprovada, o objeto material do delito de lavagem de dinheiro corresponderia a bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de **infração penal**, portanto, não haveria mais um catálogo de crimes antecedentes.

É importante ressaltar que infração penal é o gênero do qual são espécies crime (ou delito) e contravenção penal (BALTAZAR JUNIOR, 2008; GRECO, 2006). Assim, uma contravenção penal, como o jogo do bicho, também poderia ser considerada infração antecedente de lavagem de dinheiro. Entretanto, não se poderia reputar como infração antecedente de lavagem de capitais qualquer

infração penal, pois é necessário que a infração produza bens aptos a ser objeto material de lavagem de dinheiro. Dessa forma, um crime de homicídio, obviamente, nunca poderia ser delito antecedente de lavagem de dinheiro.

O delito de sonegação fiscal, por sua vez, pode resultar na produção bens aptos a ser lavados, conforme foi exposto em 3.1, de forma que poderia ser considerado crime antecedente de lavagem de dinheiro em qualquer de suas modalidades (tipo comum ou especial), praticado por organização criminosa ou não, na hipótese de aprovação do projeto.

4.5 Extinção da punibilidade do crime antecedente pelo pagamento do tributo

Conforme o que já foi demonstrado, atualmente há duas hipóteses em que a sonegação fiscal pode ser considerada crime antecedente de lavagem de dinheiro, e, caso o Projeto de Lei nº 3.443, de 2008, seja aprovado, tal delito poderia ser considerado crime antecedente em qualquer de suas espécies (tipo comum ou especial), praticado por organização criminosa ou não. Nesse contexto, é essencial a análise da repercussão, para o delito de lavagem de dinheiro, da extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal pelo pagamento do tributo.

Expôs-se, em 1.3, que a punibilidade não integra o conceito de crime e consiste somente em uma consequência jurídica da prática delituosa. Assim, em regra, a extinção da punibilidade não afeta o crime em si, atingindo somente o *jus puniendi* do Estado. A extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal mediante o pagamento do tributo, do mesmo modo que a extinção por qualquer das causas previstas no art. 107, com exceção da *abolitio criminis*, não desconfigura o crime, apenas afeta o direito de punir do Estado, logo, permanecem os efeitos do delito fiscal tanto na esfera civil quanto na criminal.

Estabelecida a premissa de que o crime de sonegação fiscal subsiste na hipótese de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, pode-se concluir que, caso ele seja delito antecedente de lavagem de dinheiro, este crime também persiste, pois os bens oriundos do delito fiscal não deixam de ser ilícitos pela extinção da punibilidade do delito.

Como os bens originados do crime antecedente de sonegação fiscal cuja punibilidade foi extinta continuam aptos a ser objeto material do delito de lavagem de dinheiro, este crime subsiste sem qualquer alteração. Aplica-se a regra do art. 108 do Código Penal, segundo a qual a extinção da punibilidade de um crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro **não se estende a este**. Não se pode olvidar, também, do que estabelece o § 1º do art. 2º da Lei nº 9.613, de 1998: “A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou **isento de pena o autor daquele crime.**” (grifo nosso).

5 Conclusão

O crime de lavagem de dinheiro consiste basicamente na ocultação ou dissimulação da origem ilícita de determinado bem com o fim de conceder-lhe aparência lícita. Tal crime, como delito acessório que é, pressupõe a ocorrência de um crime anterior, denominado crime antecedente ou prévio, do qual se origina o bem a ser lavado. A Lei nº 9.613, de 1998, em seu art. 1º, prevê um rol taxativo de crimes antecedentes, entretanto, o delito de sonegação fiscal não consta expressamente desse rol, motivo pelo qual alguns juristas defendem que tal delito não pode ser crime antecedente de lavagem de dinheiro.

O presente artigo examinou a possibilidade de se considerar sonegação fiscal como crime antecedente de lavagem de dinheiro no contexto da atual redação da Lei nº 9.613, de 1998, bem como analisou a repercussão jurídica da aprovação do Projeto de Lei nº 3.443, de 2008, para a caracterização do citado delito fiscal como crime prévio de lavagem de dinheiro, chegando às conclusões que seguem.

A Lei nº 9.613, de 1998, apresenta duas hipóteses em que a sonegação fiscal pode ser reputada como crime antecedente de lavagem de dinheiro. A primeira hipótese encontra-se no inciso V do art. 1º: o crime de sonegação de contribuição social previdenciária (art. 337-A do Código Penal), tipo especial de sonegação fiscal, é considerado crime antecedente de lavagem de dinheiro porque se inclui na categoria de crime contra a administração pública. A segunda hipótese está

prevista no inciso VII do art. 1º: pode ser delito prévio de lavagem de dinheiro qualquer crime, inclusive a sonegação fiscal, que seja praticado por organização criminosa, cuja definição legal encontra-se na Convenção de Palermo.

Caso o Projeto de Lei nº 3.443, de 2008, seja aprovado, não haverá mais um catálogo de crimes antecedentes, destarte o delito de sonegação fiscal, em qualquer de suas modalidades (tipo comum ou especial), praticado por organização criminosa ou não, poderá ser considerado crime prévio de lavagem de dinheiro.

A extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal por meio do pagamento do tributo não desconfigura o crime em si, apenas atinge o direito de punir do Estado. Dessa forma, caso ele seja delito antecedente de lavagem de dinheiro, este crime também persiste, pois os bens oriundos do delito fiscal não deixam de ser ilícitos pela extinção da punibilidade do delito, ou seja, eles continuam aptos a ser objeto material do delito de lavagem de dinheiro. Nesse sentido dispõem o art. 108 do Código Penal e o § 1º do art. 2º da Lei nº 9.613/98.

Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, quadrilha ou bando, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico transnacional de drogas, lavagem de dinheiro. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. 2006. 602 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

CERVINI SANCHEZ, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**: comentários à Lei 9.613/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

- FELDENS, Luciano. **Tutela penal dos interesses difusos e crimes de colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral – Volume I**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- JESUS, Damásio E. de. Ali-babá e o crime de lavagem de dinheiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2818>>. Acesso em: 9 dez. 2008.
- JOBIM, Nelson. A Lei n. 9.613/98 e seus aspectos. SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE LAVAGEM DE DINHEIRO. **Série Cadernos do CEJ**, Brasília, v. 17, p. 11-20, 2000.
- MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro**: (Lavagem de ativos provenientes de crime). São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, volume 1**: introdução e parte geral. 38. ed. ver. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de dinheiro**: uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

SCHOTT, Paul Allan. **Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism: Second Edition and Supplement on Special Recommendation IX.** The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank/The International Monetary Fund, 2006.

O Recurso Antecipado e o Recurso Prematuro na Visão dos Tribunais Superiores

Jamacy José da Silva Junior*

1 Introdução. 2 Intempestividade ante tempus dos recursos: 2.1 Posicionamento dos tribunais superiores: 2.1.1 Supremo Tribunal Federal; 2.1.2 Tribunal Superior do Trabalho; 2.1.3 Tribunal Superior Eleitoral; 2.1.4 Superior Tribunal de Justiça; 2.2 Recurso antecipado e recurso prematuro. 3 Prazo para interposição dos recursos: 3.1 Natureza, finalidade dos prazos recursais e o princípio da celeridade processual; 3.2 Intimação como termo inicial do prazo recursal; 3.3 Publicação e intimação via publicação; 3.4 Quando o julgado não pode mais inovar no processo. 4 Conclusão.

Resumo

Tem como objetivo demonstrar a divergência entre os posicionamentos dos tribunais superiores no que se refere à intempestividade *ante tempus* dos recursos. Como resultado de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, evidenciou-se a existência de dois posicionamentos sobre o tema, envolvendo duas espécies de intempestividade por antecipação recursal. Diante de tal constatação, o presente estudo apresenta proposta conceitual que diferencia o recurso prematuro e o recurso antecipado e faz uma análise crítica dos posicionamentos dos tribunais superiores sobre o tema.

Palavras-chave: Intempestividade por antecipação. Recurso prematuro. Recurso antecipado. Tribunais superiores.

* Procurador do Banco Central no Estado do Ceará, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro/RJ.

Abstract

The current article aims to demonstrate the conflicting understandings of the higher courts in regards to the timing of the ante tempus appeals. The jurisprudence and bibliographical research showed that there are two different views on this subject, involving two different kinds of untimely ante tempus appeals. Due to this fact, this study presents a proposal for a concept which sets apart the premature appeal from the early appeal and, also, offers an analysis of the views of the higher courts regarding this subject matter.

Keywords: *Untimely appeal. Premature appeal. Early appeal. Higher courts.*

1 Introdução

O presente estudo abordará a divergência entre os posicionamentos dos tribunais superiores no que se refere à intempestividade *ante tempus* dos recursos.

Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) seja unânime em relação à intempestividade dos recursos interpostos **antes da publicação** do acórdão que se pretende impugnar, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vinha se posicionando favoravelmente à tempestividade dos recursos assim aprazados.

Em abril de 2007, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça proferiu julgamento no qual, por maioria de votos e após acalorados debates, ficou assentado a adoção da tese da intempestividade do recurso interposto **antes do julgamento** de recurso anteriormente ajuizado. Com base nesse julgamento, parte da doutrina e da jurisprudência, inclusive do próprio STJ, entendeu que a questão da intempestividade do recurso interposto antes da publicação do acórdão que se pretende impugnar também estaria pacificada no âmbito dos tribunais superiores.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a diferença entre o recurso prematuro e o recurso antecipado e apresentar uma nova proposta conceitual para os termos.

Com base nessa diferenciação, buscar-se-á evidenciar que há dois posicionamentos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que trata de forma diversa as duas espécies de intempestividade *ante tempus*.

Por fim, será feita uma análise crítica dos posicionamentos dos tribunais superiores sobre o tema, buscando demonstrar o acerto do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em face do atual momento do Direito Processual e tendo em vista os princípios da instrumentalidade das formas e da duração razoável do processo.

2 Intempestividade *ante tempus* dos recursos

2.1 O posicionamento dos tribunais superiores

Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja unânime em relação à intempestividade dos recursos interpostos **antes da publicação** do acórdão que se pretende impugnar, o Superior Tribunal de Justiça vinha se posicionando favoravelmente à tempestividade dos recursos assim aprazados.

Acontece que, em abril de 2007, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça proferiu julgamento no qual, por maioria de votos, ficou assentado a adoção da tese da intempestividade do recurso interposto **antes do julgamento** de recurso anteriormente ajuizado. Com base nesse julgamento, parte da doutrina e da jurisprudência, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça, entendeu que a questão da intempestividade do recurso interposto antes da publicação do acórdão que se pretende impugnar também estaria pacificada no âmbito dos tribunais superiores.

Para ilustrar esse cenário, é interessante apresentarmos o posicionamento dos tribunais superiores sobre o tema.

2.1.1 Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona no sentido da intempestividade do recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido. Já em 1996, o STF proferiu a seguinte decisão sobre o tema:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – OBJETO – ACÓRDÃO INEXISTENTE. Interpostos os declaratórios antes mesmo da formalização do provimento judicial – sentença ou acórdão – impõe-se, diante da falta de objeto, o não conhecimento. (STF, DJ de 20/9/1996, p. 221).

No voto proferido pelo ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, resta evidenciado o posicionamento do tribunal sobre a matéria:

[...] tenho como não oportunos estes declaratórios. Muito embora o Ministério Público aluda a aresto, aresto formalizado ainda não existe. Houve uma antecipação, e creio que os embargos declaratórios não são pertinentes para impugnar telex existente nos autos mediante o qual se deu conhecimento da concessão da ordem. Para que se diga da omissão do acórdão proferido é preciso que exista a peça devidamente formalizada, não sendo este o caso dos autos. (STF, DJ de 20/9/1996, p. 221).

Esse entendimento não se alterou desde então, tendo sido inclusive confirmado pelo plenário da corte. Para evidenciar a posição atual, é interessante citar o seguinte julgado:

EMENTA Embargos de declaração. Agravo regimental. Petição. Notificação judicial. Ministro de Estado da Educação. Oposição antes de publicado o acórdão embargado. Fax. Ausência de protocolo de petição original.

1. Na linha da jurisprudência desta Corte, não se conhece de recurso interposto antes de publicado o julgado recorrido.
2. Opostos declaratórios mediante fax, o conhecimento destes depende da apresentação, no protocolo da Corte, da petição original dentro de cinco dias a contar do encerramento do prazo recursal, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.800/99.
3. Embargos de declaração não conhecidos. (STF, DJ de 15/2/2008, p. 474). Pelo que depreende dos julgados mencionados acima, o Supremo Tribunal considera que antes da publicação ainda não existe objeto a ser atacado pelo recurso. Nesses casos, a Corte Suprema denomina o recurso de prepósteros.

Interessante ressaltar, porém, que o mesmo Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões no sentido de que a existência de precedente firmado pelo

plenário da corte, **ainda que não publicado**, autoriza o julgamento imediato das causas que versem sobre o mesmo tema:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. COFINS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º DA LEI 9.718/98. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. ACÓRDÃO NÃO PUBLICADO. ORIENTAÇÃO MANTIDA PELA CORTE.

I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3%, prevista no art. 8º da Lei 9.718/98.

II – A falta de publicação do precedente mencionado não impede o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma controvérsia, em especial quando o entendimento adotado é confirmado por decisões posteriores.

III – Agravo improvido. (STF, DJ de 22/6/2007, p. 963).

O julgado supramencionado evidencia a incongruência do posicionamento da Corte Suprema sobre o assunto. Em suma, o STF entende que a publicação é requisito essencial para existência da decisão judicial, mas, contraditoriamente, admite que acórdão ainda não publicado, e conseqüentemente inexistente, seja utilizado como precedente para permitir o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema.

2.1.2 Tribunal Superior do Trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) segue o entendimento do STF sobre o assunto, entendendo que o recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido é intempestivo. Nesse sentido, é interessante citar a recente decisão proferida pela 6ª Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXTEMPORANEIDADE. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DE REVISTA ANTES DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. DESPROVIMENTO. O sindicato interpôs recurso de revista no dia 6 de março de 2007. Contudo, a decisão que julgara seus embargos de declaração somente foi publicada em 30 de janeiro de 2008. Mostra-se, portanto, prematuro o recurso, o que

resulta na sua extemporaneidade. Desse modo, não há como ser provido o agravo de instrumento, em face do não atendimento de pressuposto extrínseco do recurso denegado a obstar a sua admissibilidade. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, DJ de 6/2/2009).

Analisado o voto proferido pelo relator do referido acórdão, resta evidenciada a identidade do posicionamento do TST e do STF:

Os embargos de declaração do sindicato, opostos contra a v. decisão que julgou o recurso ordinário, foram publicados no dia 30.01.2008, conforme certidão de fls. 288. Verifica-se que, quando publicada essa decisão, em 30.01.2008, o sindicato já havia interposto recurso de revista no dia 06.03.2007, conforme se verifica do protocolo lançado às fls. 289. A finalidade dos embargos de declaração é integrativa e sua interposição provoca a imediata interrupção do prazo para outros recursos, nos termos do artigo 538 do Código de Processo Civil. Sendo assim, não poderia a mesma parte que opôs embargos de declaração apresentar recurso de revista, pois o prazo para a interposição de um novo recurso teve início após a publicação da decisão que julgou os aludidos embargos de declaração. O recurso de revista mostra-se, assim, prematuro, nos exatos termos da iterativa e atual jurisprudência desta c. Corte [...]. (TST, DJ de 6/2/2009).

Esse entendimento foi consubstanciado pela Orientação Jurisprudencial nº 357, da SDI-1, que assim dispõe: “357. RECURSO. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. EXTEMPORANEIDADE. NÃO CONHECIMENTO. DJ 14.03.2008. É extemporâneo recurso interposto antes de publicado o acórdão impugnado”.

2.1.3 Tribunal Superior Eleitoral

A posição do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) difere um pouco do posicionamento adotado pelo STF e pelo TST, na medida em que admite a interposição do recurso antes da publicação do acórdão recorrido, desde que comprovado o conhecimento anterior das razões de decidir:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO PROTOCOLADO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO ATACADO. PRECOCIDADE. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

1. O prazo para recorrer só começa com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que a antecede, salvo se se provar “o conhecimento anterior das razões de decidir”. (AgRgRO nº 955, rel. Min. Cezar Peluso).

2. Embargos não conhecidos. (TSE, DJ de 9/4/2008, p. 15).

Pelo que depreende da leitura do acórdão, o TSE adota uma posição intermediária entre a posição assumida pelo STF e a posição defendida pelo STJ como se demonstrará a seguir.

2.1.4 Superior Tribunal de Justiça

Como bem afirma Vivas (2009), “O Superior Tribunal de Justiça primeiramente defendeu a impossibilidade de se conhecer de recurso interposto antes do início do prazo recursal”.

A referida autora cita a seguinte jurisprudência que demonstra esse posicionamento inicial do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INTEMPESTIVIDADE. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO DO RECURSO APÓS PUBLICAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

I – O Superior Tribunal de Justiça, secundando orientação do Supremo Tribunal Federal, já se manifestou no sentido de que é intempestivo o recurso interposto antes da publicação do acórdão, caso não haja a sua reiteração após a publicação. Precedentes desta Corte e do STF.

II – A simples notícia do julgamento não legitima a interposição de recurso. A existência jurídica e o conteúdo material do acórdão somente se configuram com a sua publicação, sendo certo que somente a partir desta – ou da ocorrência de ciência inequívoca – é que se pode ter conhecimento do inteiro teor do julgado.

III – Agravo interno desprovido. (STJ, 5ª T, AgRg no RMS 15205/RS, MS nº 2002/0100911-1, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01.07.2004). (STJ apud VIVAS, 2009).

Ocorre que houve uma mudança de entendimento dentro da corte, capitaneada pela ministra Eliana Calmon, que passou a admitir a interposição de recurso mesmo antes da publicação do acórdão recorrido. Essa mudança de entendimento foi consolidada pela corte especial no seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL – RECURSO – TEMPESTIVIDADE – MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de considerar intempestivo o recurso interposto antes da publicação da decisão no veículo oficial.
2. Entendimento que é revisto nesta oportunidade, diante da atual sistemática de publicidade das decisões, monocráticas ou colegiadas, divulgadas por meio eletrônico.
3. Alteração jurisprudencial que se amolda à modernização da sistemática da publicação via INTERNET.
4. Agravo regimental provido. (STJ, DJ de 23/10/2006, p. 235).

Os debates ocorridos na sessão de julgamento bem esclarecerem os fundamentos utilizados pelos ministros do STJ para adotarem o novo posicionamento sobre o tema e merecem ser citados:

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator): Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão de fls. 691/694, a seguir transcrita:

“Inviável a admissão do presente recurso, tendo em vista que a pretensão do embargante esbarra no óbice intransponível da intempestividade.”

O prazo legal para a interposição do presente recurso é de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 508 do Código de Processo Civil e do art. 266 do RISTJ. Tendo sido a decisão embargada publicada no Diário da Justiça do dia 08.09.2003 – segunda-feira (fl. 645), iniciou-se a contagem do prazo a partir do dia 09.09.2003 – terça-feira. Portanto, o término do prazo para interposição dos embargos de divergência ocorreu no dia 23.09.2003 – terça-feira.

Consoante se verifica dos autos à fl. 646, a petição de interposição do presente recurso foi protocolizada nesta Corte aos 26.06.2003, ou seja, em

data anterior à publicação do v. acórdão embargado. Assim, o presente recurso é intempestivo por ter sido sua petição protocolizada antes do termo inicial da existência jurídica do julgado vergastado.

VOTO-VENCEDOR

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Neste processo, o Ministro relator decidiu, aplicando a jurisprudência majoritária desta Corte, considerar intempestivo o recurso que for interposto em data antecedente à publicação da decisão, monocrática ou colegiada.

Sei perfeitamente que nesta Corte a prevalência é no sentido indicado pelo relator, Ministro Gilson Dipp, embora alguns poucos julgados, inclusive de minha relatoria, venham divergindo desse entendimento. E isto porque a posição da Segunda Turma firmou-se em sentido contrário à posição majoritária.

Este Tribunal é uma Corte de precedentes, cuja função constitucional precípua é a uniformização do direito federal. Entretanto, não se pode aceitar que, em nome da segurança jurídica, fique a jurisprudência defasada da realidade, como ocorre na hipótese em apreciação.

Modernamente, com a utilização da INTERNET na divulgação das decisões dos Tribunais e na divulgação de todo o andamento dos processos, possibilitando não só os advogados da causa, mas a todos os interessados acessarem os julgamentos do STJ, não mais se espera a publicação do Diário de Justiça para recorrer, na medida em que é ele muitíssimo mais lento que a informação eletrônica. O sistema vem sendo implantado e mantido com prioridade pelos tribunais, tendo o STJ, inclusive, inaugurado, neste ano, o sistema de publicação imediata, após o julgamento, por via eletrônica.

A atual fase de publicidade das decisões judiciais não mais se adéqua à jurisprudência que, em razão disso, deve ser devidamente atualizada.

Assim, nesta oportunidade em que a Corte Especial vem a apreciar a questão, parece-me de absoluta pertinência que se faça a correção de rumo, a fim de prevalecer a corrente minoritária e que se levanta em torno do entendimento seguinte: as decisões judiciais, sejam monocráticas ou colegiadas, depois de divulgadas oficialmente, por qualquer meio, podem ser alvo de recurso, independentemente de publicação no Diário de Justiça. Com essas considerações, peço veia ao relator para, divergindo de Sua Excelência, dar provimento ao agravo regimental.

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Sr. Presidente, pedindo vênia ao Sr. Ministro-Relator, acompanho a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Eliana Calmon, dando provimento ao agravo regimental.

EXMO. SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (Relator): Sr. Presidente, entendo, na mesma linha do Sr. Ministro Ari Pargendler, que se trata de *contradictio in adjecto* entender que quem recorreu antes do prazo, fê-lo intempestiva ou extemporaneamente. Foi queimada uma etapa. O pressuposto é que o recorrente tomou ciência da decisão, porque não sei como alguém recorrerá sem conhecer o teor da sentença, do acórdão ou da decisão atacada.

Quanto ao problema de modificar a jurisprudência, penso que, em determinados casos, devemos ter a humildade de mudar. Tão ruim, como já alertava o grande Victor Nunes Leal, é mumificar ou estratificar a jurisprudência, quanto também de alterá-la constantemente. Mas esse não é o caso, pois não se trata de alteração prematura. Estamos colocando a questão à discussão. Se porventura os precedentes forem abandonados, é de se supor que daqui para frente a nova orientação será obedecida. Considero ser questão de tempo; mais cedo ou mais tarde, com os avanços técnicos, teremos de nos curvar a essa realidade de que o mundo caminha para um processo de resultados, um processo mais ágil. Quando aparecem medidas que de uma forma ou de outra acabam agilizando os atos processuais, não há motivos para colocar entraves. Os tempos são outros, a pretória de autos é avassaladora. Teremos que nos adaptar a essa realidade. Pelos argumentos, no meu entender, bem expostos pela Sra. Ministra Eliana Calmon, pelo Sr. Ministro Ari Pargendler, pelo próprio Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, respeitando as posições adotadas pelos Srs. Ministro Gilson Dipp e Carlos Alberto Menezes Direito, peço vênia para acompanhar a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Eliana Calmon, dando provimento ao agravo regimental.

É como voto.

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX: Sr. Presidente, recentemente tivemos um debate na Primeira Turma e nos valem dos ensinamentos do Professor Galeano Lacerda em sua obra “A Eficácia da Lei Processual no Tempo dos Feitos Pendentes” em que cita Pontes de Miranda. Toda a doutrina clássica assenta que o direito de recorrer nasce com a decisão e, a partir desse momento, o recorrente, lesado pela decisão judicial, pode recorrer, tendo um prazo do qual pode dispor. Seria o mesmo que

indagar se o réu tem quinze dias para contestar, poderá fazê-lo no sétimo ou no oitavo dia. Em sendo assim, será considerada a contestação do réu intempestiva?

Acompanho integralmente a divergência com os acréscimos feitos pela Sra. Ministra Eliana Calmon e pelos Srs. Ministros Franciulli Netto e Ari Pargendler, dando provimento ao agravo regimental.

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, acompanho o voto divergente da Sra. Ministra Eliana Calmon com mais uma circunstância, qual seja, a de que nesta Casa, por iniciativa da Sra. Ministra Nancy Andrighi, baixou-se um ato no sentido da disponibilização, para os Ministros que assim entenderem, dos julgados e dos acórdãos uma vez assinados – a esse ato aderiram cerca de vinte Ministros. De maneira que ficam, desde logo, à disposição e sujeitos ao conhecimento das partes antes da publicação.

Há necessidade de atualizar-se a jurisprudência. A parte toma conhecimento pela internet e já pode recorrer. Aderindo à manifestação da Sra. Ministra Eliana Calmon e do Sr. Ministro Franciulli Netto, dou provimento ao agravo regimental.

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, quanto à contagem do prazo a partir da disponibilização, como bem lembrou o Sr. Ministro Barros Monteiro, essa antecipação hoje é possível. Não podemos punir por intempestivo aquele que se antecipou. Acompanho a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Eliana Calmon, dando provimento ao agravo regimental.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Senhor Presidente, não entendo como é possível, sem que tenha havido alteração legislativa, modificar a jurisprudência. Acompanho o voto do Senhor Ministro Relator, mantendo a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, negando provimento ao agravo regimental. (STJ, DJ de 23/10/2006, p. 235).

Como bem assevera a ministra Eliana Calmon, a questão discutida no julgado envolve o conflito do princípio da segurança jurídica e a realidade moderna. Além disso, a divulgação das decisões e de todo o andamento dos processos na internet é bem mais ágil do que a publicação do Diário da Justiça, possibilitando

não só aos advogados da causa, mas a todos os interessados acessarem os julgamentos do STJ.

A própria decisão citada é um ótimo exemplo da lentidão do processo de publicação no Diário da Justiça. O resultado do julgamento foi disponibilizado no *site* do Superior Tribunal de Justiça em 17 de novembro de 2004 e apenas em 23 de outubro de 2006 ocorreu a publicação do julgado no Diário da Justiça. Não é razoável que a parte vencida, que teve acesso ao conteúdo da decisão, tenha sobrestado seu direito de recorrer por quase dois anos simplesmente porque não ocorreu a publicação do julgado no órgão oficial de divulgação das decisões judiciais.

Em 2005, a corte especial reiterou o entendimento sobre a tempestividade do recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO ANTES DE PUBLICADA A DECISÃO RECORRIDA. INTEMPESTIVIDADE. PUBLICAÇÃO, ATO INDISPENSÁVEL. EXTEMPORANEIDADE. PRECEDENTES. ENTENDIMENTO DO RELATOR. NOVA POSIÇÃO DA CORTE ESPECIAL DO STJ. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO.

1. A extemporaneidade de um recurso não se caracteriza apenas por sua interposição após o término do prazo recursal, mas, também, pela apresentação em data anterior à efetiva intimação das partes interessadas a respeito do teor da decisão a ser combatida.
2. A publicação da decisão que se pretende recorrer é ato indispensável para ensejar e justificar a interposição de novo recurso, sendo intempestivo o recurso manejado antes da publicação das conclusões do aresto no Diário da Justiça (STF, AG nº 187448-1/SP e AGAED nº 242842/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa). Precedentes de todas as Turmas e da Corte Especial deste Tribunal Superior. Entendimento deste Relator com base em precedentes desta Casa Julgadora.
3. No entanto, embora tenha o posicionamento acima assinalado, rendo-me, ressaltando meu ponto de vista, à posição assumida pela maioria da Corte Especial deste Sodalício, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no país que, com base em recente decisão (EResp 492461/MG), datada de 17/11/2004, consignou que a interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas proferidas pelo STJ pode, a partir de agora, ser realizada antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial.
4. Embargos de divergência acolhidos. (STJ, DJ de 4/4/2005, p. 157).

É interessante observar, ainda, que o referido julgado utilizou como paradigma o acórdão proferido nos autos do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 492.461, **antes de sua publicação no Diário da Justiça, o que só ocorreu em 23 de outubro de 2006.**

Em 2007, a corte especial do Superior Tribunal de Justiça voltou a tratar do tema da tempestividade *ante tempus* dos recursos e proferiu a seguinte decisão:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREMATURO. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO CONHECIMENTO.

– É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

– Recurso especial não conhecido. (STJ, DJ de 6/8/2007, p. 445).

Parte da doutrina e da jurisprudência, inclusive do próprio STJ, entendeu que esse julgado representou uma nova mudança de entendimento da corte acerca da tempestividade dos recursos interpostos antes da publicação da decisão recorrida. Acontece que, feita uma leitura atenta do inteiro teor do acórdão, verifica-se que a situação não é a mesma. Isso fica evidenciado no seguinte trecho do voto do ministro Cesar Asfor Rocha:

A questão afetada a esta Corte Especial pela egrégia Terceira Turma refere-se à tempestividade do recurso especial interposto na pendência de julgamento de embargos declaratórios opostos ao acórdão da apelação, pela parte contrária.

O eminente relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, registrando a existência de divergência no âmbito desta Corte, votou pelo conhecimento do recurso especial acompanhando a corrente que tem por prescindível a ratificação do apelo nobre após o julgamento dos embargos de declaração. Tenho posicionamento firmado na Quarta Turma no sentido de ser necessária a ratificação do recurso.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 715.345-RS, levantei a questão da intempestividade do recurso, votando nos seguintes termos:

“O recurso não pode ser conhecido. Com efeito, o recurso especial foi interposto em 02.09.2004, antes do julgamento dos embargos de declaração (sessão de 15.09.2004 e DJ 21.09.2004) opostos pela autora da revisional,

ora recorrida, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, sendo, por isso, prematuro e incabível. A abertura da via eleita exige o esgotamento da via ordinária, prescrevendo a Carta Magna, em seu art. 105, inciso III, o cabimento do recurso especial em causas decididas em 'última instância'. Como cediço, no julgamento dos embargos declaratórios é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão, como o caso dos autos, ou erro material e, ainda que não haja tal modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar o aresto embargado, formando, assim, a decisão de última instância, prevista na Constituição Federal. Não se pode, por isso, ter por oportuno o recurso especial interposto contra acórdão que foi desafiado por embargos de declaração, mesmo que veiculado pela parte contrária. Confirmam-se, por pertinentes, os seguintes julgados: o AGA 677.790 (sessão de 16.12.2004) e o AGA n. 401.800-SP (DJ de 27.05.02), ambos por mim relatados, e o AgREsp n. 436.223-BA (DJ de 25.11.02), relatado pelo em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Ademais, observe-se que, nos termos do art. 538 do CPC, 'os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.' No caso, o recurso especial foi interposto quando já interrompido o lapso recursal. Ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do apelo nobre. É que tal premissa se dissipa com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tendo aí o embargado ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Sob esse prisma, caberia ao recorrente, com o início da fluência do prazo, a ratificação dos termos do recurso especial interposto prematuramente, a fim de viabilizar a abertura da via eleita. Assim, não conheço do recurso especial."

A Turma sufragou tal entendimento, por maioria de votos.

Reitero aqui a mesma motivação.

Com efeito, não vejo como ter por tempestivo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

Também não vislumbro a possibilidade de se adotar entendimento condicionado à existência ou não de alteração do acórdão com o julgamento dos embargos, tampouco condicionado à parte que veicula os aclaratórios, se o recorrente ou o recorrido. A definição deve ser se o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios, quando suspenso o prazo para outros recursos, é ou não prematuro. Em sendo, deve ele ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. (STJ, DJ de 6/8/2007, p. 445).

Pelo que depreende da leitura do trecho do voto do ministro, o caso versa sobre recurso especial interposto **antes do julgamento** de embargos declaratórios anteriormente ajuizado. A interposição não ocorreu simplesmente antes da publicação do acórdão recorrido, e sim antes do próprio julgamento do recurso anteriormente ajuizado.

Acontece que parte da jurisprudência do próprio STJ entende que o acórdão mencionado representou uma nova mudança de entendimento. Esse fato fica bem claro no inteiro teor do seguinte julgado:

Recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Ausência de reiteração das razões recursais. Intempestividade. Precedente da Corte Especial.

1. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração é intempestivo, salvo se houver reiteração posterior, porquanto o prazo para recorrer só começa a fluir após a publicação do acórdão integrativo.
2. Agravo regimental improvido. (STJ, DJ de 17/12/2007, p. 370).

Aparentemente não há dúvida no referido julgado, mas a leitura do voto do ministro Nilson Naves evidencia a confusão de entendimento acerca do tema:

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR): Segundo recente entendimento do Superior Tribunal, é intempestivo o especial não apenas quando interposto além do prazo legal, mas também quando aquém do termo inicial, a saber, da publicação. Afinal, o prazo para recorrer só começa a fluir após a publicação do acórdão. É de se ressaltar, porém, a circunstância em que é o recurso ratificado posteriormente pela parte.

A propósito, eis o seguinte precedente da Corte Especial:

“Processual Civil. Recurso especial. Prematuro. Esgotamento da instância ordinária. Não conhecimento.

– É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

– Recurso especial não conhecido.” (REsp-776.265, Ministro Gomes de Barros, DJ de 6.8.07.)

Confiram-se também: AgRg no Ag-832.567, Ministro Otávio de Noronha, DJ de 24.5.07; AgRg no REsp-570.571, Ministro Quaglia Barbosa, DJ de 24.9.07; AgRg no REsp-966.110, Ministra Maria Thereza, DJ de 8.10.07.

Como, no caso em exame, o acórdão dos embargos de declaração foi publicado em 19.9.06 e como o especial, interposto em 2.6.06, não foi ratificado pelo ora agravante, é o recurso intempestivo.

À vista disso, voto pelo não provimento do regimental. (STJ, DJ de 17/12/2007, p. 370 – grifo nosso).

Feitas essas considerações sobre o posicionamento dos tribunais superiores, em especial STF e STJ, restou evidenciada, além da divergência de posicionamento entre os tribunais, a confusão entre o conceito de recurso prematuro.

É imprescindível, portanto, antes de adotar um posicionamento sobre o tema, esclarecer as diferenças existentes entre as hipóteses de intempestividade *ante tempus* dos recursos.

2.2 Recurso antecipado e recurso prematuro

Pelo que se pôde observar da leitura dos julgados dos tribunais superiores mencionados no tópico anterior, há utilização indiscriminada de dois termos (recurso antecipado e recurso prematuro), mas há clara diferença de posicionamentos, principalmente entre o STF e o STJ.

No Supremo Tribunal Federal, até se justificaria a utilização indiscriminada das duas terminologias, pois a referida Corte entende que tanto o recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido quanto o recurso ajuizado antes do julgamento do recurso anteriormente protocolado são intempestivos. A título de exemplo, é interessante citar os seguintes julgados:

EMENTA: RECURSO. Embargos de declaração. Interposição antes de publicado o acórdão embargado. Caráter prematuro. Objeto recursal ainda não definido de todo. Intempestividade reconhecida. Não conhecimento. Precedentes. Não se conhece de recurso interposto antes da publicação da decisão por impugnar. (STF, DJ de 6/2/2009, p. 134).

EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso extraordinário interposto antes do julgamento do acórdão de embargos de declaração. Intempestividade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, DJ de 19/12/2008, p. 6.066).

Por outro lado, no Superior Tribunal de Justiça, há dois posicionamentos sobre o tema, mas também se utiliza as duas terminologias já apresentadas como sinônimas, fato que dificulta ainda mais sua compreensão:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO ANTES DE PUBLICADA A DECISÃO RECORRIDA. INTEMPESTIVIDADE. PUBLICAÇÃO, ATO INDISPENSÁVEL. EXTEMPORANEIDADE. PRECEDENTES. ENTENDIMENTO DO RELATOR. NOVA POSIÇÃO DA CORTE ESPECIAL DO STJ. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO.

1. A extemporaneidade de um recurso não se caracteriza apenas por sua interposição após o término do prazo recursal, mas, também, pela apresentação em data anterior à efetiva intimação das partes interessadas a respeito do teor da decisão a ser combatida.

2. A publicação da decisão que se pretende recorrer é ato indispensável para ensejar e justificar a interposição de novo recurso, sendo intempestivo o recurso manejado antes da publicação das conclusões do aresto no Diário da Justiça (STJ, AG nº 187448-1/SP e AGAED nº 242842/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa). Precedentes de todas as Turmas e da Corte Especial deste Tribunal Superior. Entendimento deste Relator com base em precedentes desta Casa Julgadora.

3. No entanto, embora tenha o posicionamento acima assinalado, rendo-me, ressaltando meu ponto de vista, à posição assumida pela maioria da Corte Especial deste Sodalício, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no país que, com base em recente decisão (EResp 492461/MG), datada de 17/11/2004, consignou que a interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas proferidas pelo STJ pode, a partir de agora, ser realizada antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial.

4. Embargos de divergência acolhidos (STJ, DJ de 4/4/2005, p. 157).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREMATURO. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO CONHECIMENTO.

– É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

– Recurso especial não conhecido. (STJ, DJ de 6/8/2007, p. 445).

A utilização indiscriminada dos dois conceitos também é feita pela doutrina: “Um tema que vem ganhando destaque na prática brasileira é o do recurso prematuro, **entendido como aquele interposto antes de publicada a decisão**” (PORTO; USTÁRROZ, 2008, p.98 – grifo nosso). No mesmo capítulo que trata do recurso prematuro, os autores abordam as duas hipóteses mencionadas de intempestividade *ante tempus* dos recursos, deixando transparecer que, em ambos os casos, podem ser classificadas como recurso prematuro.

Antes de se adentrar na discussão acerca do melhor posicionamento sobre a questão, o presente tópico objetiva apresentar uma proposta de sistematização dos conceitos de recurso antecipado e de recurso prematuro.

O vocábulo “prematuro” tem origem do latim *praematuru*, que significa aquilo que amadurece antes do tempo próprio ou aquilo que se realiza antes da ocasião própria (MICHAELIS ONLINE).

Já o adjetivo “antecipado” está relacionado com o verbo “antecipar”, que tem origem do latim *antecipare* e significa realizar antes do tempo (MICHAELIS ONLINE). Antecipado, portanto, é algo feito com antecipação, mas não significa que seja realizado antes da ocasião própria.

Com base no significado dos vocábulos, é possível estabelecer a diferença entre o recurso antecipado e o recurso prematuro. O recurso antecipado seria aquele interposto antes da publicação do acórdão recorrido no órgão oficial de divulgação, pois, em tal hipótese, ocorreria apenas a realização de um ato processual antes do lapso temporal legalmente fixado.

O recurso prematuro, por sua vez, seria aquele interposto antes do próprio julgamento do recurso anteriormente ajuizado. Em outras palavras, o recurso prematuro seria interposto antes da ocasião própria fixada para realização de tal ato, pois sequer foi julgado o recurso anteriormente protocolizado. Nesse caso, a parte estaria se aventurando no exercício do poder de recorrer, já que se insurgiria contra julgado que ainda não existe nos planos fáticos e jurídicos.

Vale ressaltar, ainda, que a diferenciação ora proposta não é versada na doutrina e na jurisprudência pátria, mas é imprescindível para que se possam esclarecer os diferentes posicionamentos assumidos pelos tribunais superiores em relação a intempestividade *ante tempus* dos recursos.

O esclarecimento dessa diferença é mais importante no âmbito do STJ, pois, conforme já demonstrado, há dois posicionamentos divergentes na corte, mas,

devido à confusão de conceitos e terminologias, muitos julgadores e grande parte da doutrina entendem que a questão encontra-se pacificada no tribunal.

Mesmo não adotando a nomenclatura ora proposta, a diferença entre as situações é bem percebida por Porto e Ustárroz (2008, p. 98):

Um tema que vem ganhando destaque na prática brasileira é o do recurso prematuro, entendido como aquele interposto antes de publicada a decisão.

[...]

Contudo, há outra situação muito presente na prática e que merece reflexão dos operadores. Ocorre quando o Tribunal de Origem publica o acórdão da apelação e uma das partes interpõe o recurso extraordinário/especial, enquanto a outra se vale dos declaratórios, os quais, como se sabe, interrompem o prazo para a interposição dos demais recursos (art. 538, CPC). Nesses casos, os Tribunais Superiores, a partir do argumento que a jurisdição ordinária ainda não foi esgotada, bem como pela possibilidade de alteração no julgado a partir dos aclaratórios, vêm considerando intempestivo o extraordinário/especial deduzido. O tema não é singelo e está a merecer atenção da comunidade, em face da drasticidade de sua resolução, qual seja, o não conhecimento de um recurso, por mais importante que ele seja.

De fato, como afirmam os autores já citados, o tema não é singelo e merece atenção principalmente pelo fato de que os ministros do STJ não têm atentado para as diferenças já mencionadas.

3 Prazo para interposição dos recursos

3.1 Natureza, finalidade dos prazos recursais e o princípio da celeridade processual

É praticamente instintiva a definição de prazo como o intervalo de tempo dentro do qual se deve realizar algo.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2003),

O tempo deve ser levado em consideração pelo legislador sob dois aspectos: determinando a época em que se devem exercer os atos processuais (CPC arts. 172-174) e estabelecendo prazos para sua execução (CPC, arts. 177 ss).

[...]

Termos – ou prazos – são a distância temporal entre os atos do processo.

Como se pode observar, o conceito de prazo processual nada mais é do que uma adaptação do conceito geral já exposto. Portanto, o prazo processual pode ser definido como o lapso de tempo no qual deve ser praticado ato relativo ao processo.

Pelo que se depreende do referido conceito, a principal finalidade dos prazos processuais é impedir o prolongamento interminável do processo.

O Código de Processo Civil classifica os prazos processuais em dilatatórios (art. 181) e peremptórios (art. 182). Os primeiros seriam instituídos em benefício das partes e poderiam ser prorrogados ou reduzidos por elas. Já os prazos peremptórios seriam imperativos sobre as partes, logo não admitiriam alteração para mais ou para menos, mesmo convencionalmente. Em ambos os casos, porém, em caso de vencimento, ocorreria a preclusão temporal.

Dinamarco (2004a, p. 549-550) propõe uma classificação diferenciada dos prazos processuais:

[...] quando a lei determinar a distância mínima, para evitar que o ato se pratique antes do vencimento do prazo, este diz-se dilatatório (o prazo para comparecer em juízo, art. 192), quando ela estabelece a distância máxima durante a qual pode praticar-se o ato, o prazo é aceleratório (prazos para recorrer).

Leciona ainda o referido autor que

[...] a teoria dos prazos está intimamente ligada à das preclusões, porque, máxime num sistema de procedimento rígido como é o brasileiro, sua fixação visa na maior parte dos casos a assegurar a marcha avante, sem retrocessos e livre de esperas indeterminadas. (DINAMARCO, 2004a, p.550).

Portanto, os prazos são instrumentos de garantia do procedimento em contraditório, mas são fixados, em regra, tendo em vista a aceleração do andamento processual.

É imprescindível, pois, analisar os prazos para a prática de atos processuais à luz da finalidade para a qual eles são estabelecidos, porquanto nem todos os prazos têm a mesma finalidade. Há prazos que se destinam a assegurar o andamento rápido do processo, enquanto outros visam a garantir à parte o tempo necessário para exercitar a defesa de seus direitos, impedindo que certos atos sejam praticados antes do decurso desses prazos.

Diante do exposto, pode-se concluir que os prazos recursais possuem natureza aceleratória, pois visam a que um ato seja praticado dentro de um prazo máximo de tempo a partir de outro antecedente.

Partindo dessa conclusão, fica claro que a interposição de recurso antes do início do prazo não o torna intempestivo, pois, se o prazo recursal tem a finalidade de acelerar, não se pode admitir a interpretação de que o recorrente deve retardar seu direito de recorrer até a publicação da decisão recorrida no órgão oficial de divulgação. Se a parte tomar conhecimento da sentença ou acórdão por qualquer meio, inclusive a internet, pode exercer seu direito de recurso independentemente da publicação da decisão no Diário da Justiça.

Entender de forma contrária importa admitir a existência de situações esdrúxulas, tal como o caso do advogado que tem vista dos autos e toma conhecimento da decisão contra a qual pretende recorrer, mas está obrigado a aguardar sua publicação no órgão oficial de divulgação para só então exercer seu direito de recorrer.

Radbruch (apud MACHADO, 2000, p.14) adverte que:

[...] não pode haver uma justa visão de qualquer obra ou produto humano, se abstrairmos do fim para que serve e do seu valor. Uma consideração cega ao fins, ou cega aos valores, é pois aqui inadmissível, e assim também a respeito do direito ou de qualquer fenômeno jurídico.

Assim, tendo em vista a finalidade aceleratória dos prazos recursais, não é possível considerar intempestiva a interposição de recurso antes da publicação da decisão que se pretende impugnar nos órgãos oficiais.

Não se pode olvidar, ainda, que o acréscimo do art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988, erigiu a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” ao *status* de direito fundamental,¹ logo não há sentido condicionar o direito de recorrer à publicação do julgado na imprensa oficial.

Estamos vivendo a chamada “nova era do processo”, que é uma época regida pela busca incansável da desburocratização dos procedimentos, conciliando a segurança jurídica e a celeridade processual.

Como bem afirma Marinoni (2008), o Poder Judiciário é um dos destinatários do direito fundamental à duração razoável do processo, logo cabe aos julgadores combaterem todos aqueles atos que importem em dilação não razoável do processo.

Não se pode, portanto, admitir a interpretação de que o recorrente deva retardar seu direito de recorrer até a publicação da decisão recorrida no órgão oficial de divulgação. Se a parte tomar conhecimento da sentença ou acórdão por qualquer meio, inclusive a internet, pode exercer seu direito de recurso independentemente da publicação da decisão no Diário da Justiça.

3.2 Intimação como termo inicial do prazo recursal

Com base nos conceitos apresentados no tópico anterior, pode-se concluir que todo prazo é delimitado por dois termos: o inicial (*dies a quo*) e o final (*dies ad quem*).

O ato processual que dá início à contagem do prazo é a intimação, exceto no caso de formação da relação jurídica processual, em que o réu é citado para exercer, se quiser, o direito de defesa.

No caso do prazo para interposição dos recursos, o inciso III do art. 506 do Código de Processo Civil estabelece:

Art. 506. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data:

[...]

III – da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial. (Redação dada pela Lei nº 11.276, de 2006).

¹ É interessante ressaltar que, mesmo antes da elevação de status do princípio da celeridade processual, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, introduzida em nosso ordenamento pelo Decreto nº 678/92, já era farta de disposições que se destinavam a assegurar o direito à tutela jurisdicional tempestiva.

Não resta dúvida de que a simples interpretação literal do dispositivo conduz ao entendimento de que o recurso interposto antes da publicação da decisão no órgão oficial seria intempestivo, porquanto interposto antes do início do prazo recursal.

Entretanto, feita uma interpretação teleológica e sistemática do dispositivo, a conclusão obtida é diametralmente oposta. O § 2º do art. 184 do Código de Processo Civil prescreve:

Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

[...]

§ 2º Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação.

O referido dispositivo conjugado com o disposto no inciso III do art. 506 do Código de Processo Civil tem por finalidade garantir ao recorrente que seu prazo recursal só terá início quando ele tiver conhecimento da decisão recorrida. Essa garantia está diretamente relacionada com a garantia constitucional do contraditório, prevista no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Dessa forma, o disposto no art. 506, III, do Código de Processo Civil deve ser interpretado de acordo com a referida finalidade. Sobre a necessidade dessa interpretação teleológica, ensina Liebman, citado por Dinamarco (2004b, p. 17):

[...] cada ato tem também um escopo imediato e próprio, que o qualifica em sua individualidade; mas esse escopo imediato não tem outra razão de ser senão a de representar um passo em direção a um escopo mais distante, comum a todos os atos, que é a formação do ato final, o qual resumirá todo o procedimento e constituirá o seu resultado.

Aplicando essa conclusão às intimações realizadas por meio dos órgãos oficiais, pode-se concluir que as atenções devem estar voltadas para sua principal finalidade, que é dar ciência dos atos decisórios às partes, e não para o cumprimento da formalidade de publicação.

Interessante argumentação sobre o tema é feita por Machado Segundo e Ramos Machado (2003, p. 12):

Guardadas as devidas proporções, e com a devida vênia, deixar de conhecer um recurso manejado antes da publicação, por entendê-lo intempestivo é tão absurdo quanto, no momento em que os passageiros estão ingressando em uma aeronave, barrar a entrada daqueles que se haviam apresentado no salão de embarque horas antes do chamado correspondente, permitindo a entrada apenas dos que chegaram a esse mesmo salão no exato momento em que para tanto foram chamados pelo serviço de som do aeroporto. A absurdidade do exemplo fala por si, mas não é demais recordar que o intervalo de tempo dentro do qual as pessoas devem comparecer para embarque é fixado com a finalidade de evitar que a aeronave aguarde indefinidamente por passageiros retardatários. Só isso. Não é racional, portanto, punir com a sanção aplicável aos retardatários aquele se antecipou a todos e aguardava desde muito antes de haver sido chamado.

Conclui-se, pois, que o requisito essencial para o que prazo tenha início não é a intimação como ato formal e muito menos a publicação como forma de intimação, e sim o conhecimento do conteúdo da decisão pela parte.

3.3 Publicação e intimação via publicação

A distinção entre publicação (art. 463, CPC) e intimação via publicação (art. 234, CPC) é um dos pontos centrais para a compreensão do problema abordado no presente trabalho.

Conforme evidenciado pelo trecho do voto proferido pelo ministro Marco Aurélio (tópico 2.1.1), o posicionamento do Supremo Tribunal Federal está baseado no entendimento de que a publicação seria condição de existência do acórdão recorrido. Logo, o recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida não poderia ser conhecido por completa falta de objeto.

Em que pese a existência posicionamentos doutrinários em contrário, esse entendimento encontra forte respaldo na doutrina nacional e internacional. Nesse sentido é a lição dos professores José Frederico Marques e Enrico Tullio Liebman, citados por Dinamarco (2004b, p. 14-15):

a publicação da sentença é que lhe dá a qualidade de ato do processo. Ela será por **prolação**, quando se tratar de sentença proferida oralmente; e através de **publicação em sentido estrito**, se a sentença é publicada em audiência (art. 242, § 1º), ou junta aos autos por ato do escrivão. Quando publicada a sentença em audiência, o termo desta documentará a publicação; quando não publicada em audiência, é a juntada aos autos que a integra ao processo. O termo de juntada, além disso, documenta a data da publicação. **À publicação segue-se a intimação**, para que as partes conheçam da sentença e fique documentado nos autos, através do respectivo termo, que se lhes deu ciência do que foi decidido. Na sentença proferida em audiência, publicação e intimação ocorrem simultaneamente. [...] **a sentença torna-se pública mediante entrega no cartório do juiz que a proferiu**. O escrivão passa a certidão da entrega ao pé da sentença, datando-a e assinando-a; dentro de cinco dias dará ciência dela às partes constituídas, mediante aviso contendo o dispositivo. Entende-se pacificamente que **é com o ato de entrega [em cartório] e a contar daí, que a sentença se torna juridicamente existente**. (grifos do autor).

Verifica-se, portanto, que há diferentes conceitos para o ato de publicar. As lições apresentadas evidenciam que a publicação do acórdão ou sentença no órgão oficial não se confunde com a publicação em sentido técnico ou estrito que a doutrina aponta como requisito existencial do ato decisório.

Depreende-se da diferença apresentada que o entendimento do Supremo Tribunal Federal vai de encontro ao posicionamento doutrinário que muitas vezes é utilizado para fundamentar suas decisões. É interessante observar nesse sentido o julgamento dos embargos declaratórios no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.124-3-MG, assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – EXTEMPORANEIDADE – IMPUGNAÇÃO RECURSAL PREMATURA, DEDUZIDA EM DATA ANTERIOR À DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações – impugnação prematura ou oposição tardia –, a consequência de ordem processual é uma só: o não conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. A

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto. Precedentes. (STF, DJ de 28/6/2002, p. 141).

Dinamarco (2004b, p. 14) observa que no voto do relator do processo, ministro Celso de Mello, há citação de trecho da obra de José Frederico Marques, mas a conclusão a que chega o julgador não corresponde ao entendimento do referido processualista:

Transcreve-se aqui entre aspas o que disse José Frederico Marques e, em itálico, o trecho da lavra do ilustre Ministro: “a publicação da sentença é que dá a qualidade de ato do processo” (J.F.Marques) ... passível então, a partir dessa formal divulgação no órgão oficial, de todas as consequências autorizadas no ordenamento positivo, notadamente aquelas de natureza natural (Min. Celso de Mello). Esse segundo trecho não está na obra citada, onde se diz coisa bastante diversa [...].

É evidente, portanto, que a publicação da decisão recorrida não se confunde com a publicação em sentido estrito e não é condição de existência dos atos decisórios. Enquanto a publicação por intimação é que marca o dia do início do prazo, a publicação em sentido estrito fixa a existência jurídica da decisão.

Além disso, o Código de Processo Civil não condiciona a existência do acórdão à sua publicação nos órgãos oficiais. A publicação é apenas uma das hipóteses de intimação, representando mera forma de assegurar a eficácia jurídica da decisão.

É equivocado, portanto, o entendimento de que o recurso antecipado é desprovido de objeto, uma vez que não se pode afirmar que a decisão recorrida não possui existência antes de ser publicada.

O art. 463 do Código de Processo Civil prescreve:

Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

- I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;
- II – por meio de embargos de declaração.

Com base nas conclusões obtidas no tópico anterior, o termo “publicar” previsto no dispositivo legal só pode ser entendido como publicação em sentido técnico ou estrito. Nesse sentido é a lição de Barbosa Moreira, citado por Dinamarco (2004b, p. 15-16):

[...] com a publicação da sentença de mérito – qual será, normalmente, a proferida em audiência de instrução e julgamento ou depois dela – exaure-se a competência funcional do órgão de primeiro grau, no tocante à apreciação da lide (art. 463). Desde que publicada (antes de intimada!) a sentença, pois – salvo disposição em contrário [...] – é defeso ao juiz alterá-la, ainda que se convença de não ter julgado corretamente.

Feitas essas considerações, conclui-se que também não é razoável o argumento que defende a intempestividade dos recursos interpostos antes da publicação da decisão recorrida porque esta poderia ser alterada antes de sua publicação oficial.

Esse entendimento incorre na falha conceitual exposta no tópico anterior, ou seja, considera que a publicação em sentido estrito se confunde com a intimação por publicação. Ao integrar a decisão ao processo, o julgado exaure seu poder jurisdicional e não pode mais alterar a sentença ou acórdão antes de sua publicação nos órgãos de divulgação oficial.

5 Conclusão

O presente artigo teve como finalidade o estudo da intempestividade *ante tempus* dos recursos. Evidenciou-se, inicialmente, a existência de posicionamentos divergentes entre os tribunais superiores. Em linhas gerais, puderam-se distinguir duas correntes sobre o tema: aquela que defende a intempestividade decorrente da interposição de recurso antes da publicação do acórdão que se pretende impugnar e a que defende a intempestividade decorrente da interposição recursal antes do julgamento de recurso anteriormente ajuizado.

Com base nesses diferentes posicionamentos, foi proposta a classificação das duas hipóteses de intempestividade *ante tempus* dos recursos. O recurso prematuro seria aquele interposto antes do próprio julgamento do recurso anteriormente ajuizado. Em outras palavras, o recurso prematuro seria um

recurso interposto antes da ocasião própria fixada para realização de tal ato, pois sequer foi julgado o recurso anteriormente protocolado. Nesse caso, entendo correto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pois o recorrente está se aventurando no exercício do poder de recorrer, já que se insurge contra julgado que ainda não existe nos planos fáticos e jurídicos. Além disso, no caso dos recursos extraordinário e especial, faltaria um requisito específico para sua interposição, que seria o esgotamento das vias recursais ordinárias.

O recurso antecipado seria aquele interposto antes da publicação do acórdão recorrido no órgão oficial de divulgação, pois, em tal hipótese, ocorreria apenas a realização de um ato processual antes do lapso temporal legalmente fixado.

Os tribunais superiores utilizam indiscriminadamente as duas terminologias. No âmbito do STF, a utilização dos termos recurso prematuro e recurso antecipado como sinônimos não traz maiores problemas, pois a corte entende intempestivo o recurso interposto em ambas as hipóteses.

No STJ, a existências de dois posicionamentos sobre o assunto e a utilização indiscriminada dos dois termos gerou dúvidas na doutrina e na própria jurisprudência do tribunal. A corte especial do STJ admite o recurso antecipado, mas, nos termos do STF, não admite o recurso prematuro. Essa divergência de entendimento foi demonstrada no confronto realizado entre os acórdãos paradigmáticos no tópico 2.1.4.

Verificou-se que o cerne da divergência de entendimento sobre a tempestividade do recurso antecipado está relacionado à finalidade dos prazos processuais e ao conceito de publicação em sentido estrito.

Os prazos são instrumentos de garantia do procedimento em contraditório, mas são fixados, em regra, tendo em vista a aceleração do andamento processual.

Partindo dessa conclusão, fica claro que a interposição de recurso antes do início do prazo não o torna intempestivo, pois se o prazo recursal tem a finalidade de acelerar, não se pode admitir a interpretação de que o recorrente deve retardar seu direito de recorrer até a publicação da decisão recorrida no órgão oficial de divulgação. Se a parte tomar conhecimento da sentença ou acórdão por qualquer meio, inclusive a internet, pode exercer seu direito de recurso independentemente da publicação da decisão no Diário da Justiça.

Além disso, a publicação da decisão recorrida não se confunde com a publicação em sentido estrito e não é condição de existência dos atos decisórios.

Enquanto a publicação por intimação é que marca o dia do início do prazo, a publicação em sentido estrito fixa a existência jurídica da decisão.

O Código de Processo Civil não condiciona a existência do acórdão à sua publicação nos órgãos oficiais. A publicação é apenas uma das hipóteses de intimação, representando mera forma de assegurar a eficácia jurídica da decisão.

Logo, mostra-se equivocado o entendimento do STF no sentido de que o recurso antecipado é desprovido de objeto, uma vez que não se pode afirmar que a decisão recorrida não possui existência antes de ser publicada.

Também não é razoável o argumento que defende a intempestividade do recurso antecipado porque a decisão recorrida poderia ser alterada antes de sua publicação oficial. Esse entendimento incorre na falha conceitual exposta no parágrafo anterior.

Enfim, o posicionamento do STJ encontra respaldo nos princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas. É desnecessário aguardar a publicação do julgado na imprensa oficial para estabelecer o *dies a quo* do prazo recursal.

Conclui-se, portanto, que o entendimento mais adequado é o de que deve ser aceito o recurso interposto antes da publicação oficial da intimação, pois, no atual momento da Ciência Processual, a celeridade processual tem sido cada vez mais buscada na luta pela modernização do judiciário e no atendimento da sociedade.

Estamos vivendo a chamada “nova era do processo”, que é uma época regida pela busca incansável da desburocratização dos procedimentos, conciliando a segurança jurídica e a celeridade processual.

Nesse contexto, não se pode perder de vista a doutrina da instrumentalidade das formas, que esclarece que o processo não possui valor intrínseco próprio, ou seja, é apenas um instrumento do Direito para que este atinja seu escopo de pacificação dos conflitos sociais.

Por essa perspectiva, o processo não deve funcionar como uma armadilha preparada para eliminar os direitos, ao menor sinal de descuido na sua representação em juízo. O que deve reger a “sorte” de uma ação judicial não são as formas processuais, e sim o direito material discutido.

Referências

ANTECIPAR. In: MICHAELIS Online. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=antecipar>>. Acesso em: 13 fev. 200

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. São Paulo: Atlas, 2003.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**: (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973): vol. V (arts. 476 a 565). 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo Civil**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004a.

_____. Tempestividade dos recursos. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, n. 16, Dialética, São Paulo, jul. 2004b.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recurso no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; RAMOS MACHADO, Raquel Cavalcanti. Recurso interposto antes de publicada a decisão recorrida: tempestividade. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 7, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Biblioteca Digital de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 51, ano 10, set. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55455>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

PORTO, Sérgio Giberto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis: atualizado com as reformas de 2006 e 2007**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PREMATURO. In: MICHAELIS Online. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=prematuro>>. Acesso em: 13 fev. 2009.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Corte Especial. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 492.461-MG**. Relator: Ministra Eliana Calmon. Decisão por maioria. Brasília, 17/11/2004. DJ de 23/10/2006, p. 235. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=492461&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 12 fev. 2009.

_____. Corte Especial. **Embargos de Divergência em Agravo nº 522.249-RS**. Relator: Ministro José Delgado. Decisão por maioria. Brasília, 2/2/2005. DJ de 4/4/2005, p. 157 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=522249&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

_____. Corte Especial. **Recurso Especial nº 776.265-SC**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Relator para Acórdão: Ministro Cesar Asfor Rocha Decisão por maioria. Brasília, 18/4/2007. DJ de 6/8/2007, p. 445 Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=776265&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 12 fev. 2009.

_____. 6ª Turma. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 939.987-SP**. Relator: Nilson Naves. Decisão unânime. Brasília, 31/10/2007. DJ de 17/12/2007, p. 370. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=939987&b=ACOR>. Acesso em: 12 fev. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. 2ª Turma. **Embargos Declaratórios em Habeas Corpus nº 73.662-2-MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão unânime. Brasília, 11/6/1996. DJ de 20/9/1996, p. 221. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(73662.NUME.%20OU%2073662.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(73662.NUME.%20OU%2073662.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 11 fev. 2009.

_____. Tribunal Pleno. **Declaratórios no Agravo Regimental na Petição nº 4.84-8-DF**. Relator: Ministro Menezes Direito. Decisão unânime. Brasília, 13/12/2007. DJ de 15/2/2008, p. 474. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(4084.NUME.%20OU%204084.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(4084.NUME.%20OU%204084.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 11 fev. 2009.

_____. 1ª Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 469.216-3**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão unânime. Brasília, 29/5/2007. DJ de 22/6/2007, p. 963. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1= “julgamento%20imediate”%20e%20publicação&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=“julgamento%20imediate”%20e%20publicação&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 11 fev. 2009.

_____. Tribunal Pleno. **Embargos Declaratórios no Agravo Regimental na Petição nº 4.074-1-DF**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Decisão unânime. Brasília, 27/11/2008. DJ de 6/2/2009, p. 134. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=recurso%20e%20interposto%20e%20antes%20e%20julgamento&base=baseAcordaos>. Acesso em: 13 fev. 2009.

_____. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 726.118-3-RJ**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Decisão unânime. Brasília, 26/11/2008. DJ de 19/12/2008, p. 6.066. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=recurso%20e%20interposto%20e%20antes%20e%20julgamento&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 fev. 2009.

_____. 2ª Turma. **Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.124-3-MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão unânime. Brasília, 28/5/2002. DJ de 28/6/2002, p. 141. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(375124.NUME.%20OU%20375124.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(375124.NUME.%20OU%20375124.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 17 fev. 2009.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 6ª Turma. **Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº. 1949/2004-008-17-40**. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Decisão unânime. Brasília, 17/12/2008. DJ de 6/2/2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 8.822-MG**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Decisão unânime. Brasília, 28/2/2008. DJ de 9/4/2008, p. 15. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT24277830§ionServer=TSE>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

VIVAS, Patrícia Alves de Andrade. **Extemporaneidade do recurso prematuro: Embargos de Declaração**. Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/sites/900/993/00000335.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

Parecer PGBC-84/2009

Informações prestadas nos autos do Mandado de Segurança Preventivo autuado como Medida Cautelar em Ação Cível Originária nº 1.332/DF, impetrado pelo Estado do Mato Grosso do Sul perante o Supremo Tribunal Federal, sustentando a ilegitimidade passiva do Banco Central em controvérsia sobre a possibilidade de bloqueios de valores, por meio do Sistema Bacen Jud, e a constitucionalidade do encaminhamento de ordens judiciais às instituições financeiras por meio eletrônico.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa
Procurador do Banco Central

Francisco José de Siqueira
Procurador-Geral do Banco Central

Parecer PGBC-84/2009
Proc. 0901439910

Brasília, 25 de março de 2009.

Ementa: Mandado de Segurança Preventivo (autos nº 1332). Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Impetrante: Estado do Mato Grosso do Sul. Impetrado: Presidente do Banco Central do Brasil. Pedido de concessão de segurança para que a autoridade impetrada se abstenha de realizar bloqueios, por meio do Bacen Jud, em contas-convênio, contas-vinculadas e contas-caução cadastradas em nome do impetrante e dos órgãos e entidades de sua Administração Direta e Indireta, bem como para que eventuais bloqueios não alcancem valores superiores aos especificados em ordem judicial. Esclarecimentos a respeito do Sistema Bacen Jud. Ilegitimidade passiva ad causam. Informações.

Senhor Procurador-Geral,

ASSUNTO

Cuida-se do Mandado de Segurança Preventivo autuado como Medida Cautelar em Ação Cível Originária nº 1.332/DF, impetrado pelo Estado do Mato Grosso do Sul perante o excelso Supremo Tribunal Federal, por meio do qual requer que o Presidente do Banco Central, apontado como autoridade coatora, (1) abstenha-se de realizar bloqueios, por meio do Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil – Sistema Bacen Jud, de valores depositados em “contas-convênio”, “contas-vinculadas” e “contas-caução” cadastradas em nome do impetrante; e (2) não bloqueie valores superiores aos especificados em ordem judicial.

2. Relata o impetrante que, em 26 de dezembro de 2008, foram bloqueados, no curso do Processo nº 2002.003867-0, R\$64.201.299,68 a mais do que havia sido determinado pelo juiz da causa. Ademais, do total de R\$444.792.861,23 bloqueados, R\$106.867.606,53 estavam depositados nas contas bancárias especificadas. Embora se tenha desconstituído o bloqueio três dias depois, afirma existir a possibilidade de ocorrer nova constrição, uma vez que o processo ainda está em andamento.

3. Sustenta o impetrante, em preliminar, ser o Supremo Tribunal Federal o foro competente para julgar a causa, por se estar diante de conflito federativo (art. 102, I, *f*, da Constituição). No mérito, alega que o impetrado comete abuso de direito quando, ao cumprir as ordens judiciais, bloqueia valor superior ao determinado pelo juiz; bem assim quando bloqueia recursos recebidos pelo Ente Federativo por força de convênio firmado com a União ou entidade da Administração Pública Federal Indireta (“contas-convênios”); ou cuja destinação seja legal ou constitucionalmente vinculada a um específico fim (“contas-vinculadas”); ou, ainda, que sejam recebidos pelo Estado, a título de caução, por empresa participante de processo licitatório (“contas-caução”).

4. Aduz, por fim, que, entre o momento do recebimento da ordem e o de seu cumprimento, o impetrado deve realizar análise de quais contas são efetivamente bloqueáveis, à luz de outras normas específicas e de superior hierarquia aos Convênios de Cooperação Técnico-Institucional firmados entre o Banco Central e tribunais superiores do Poder Judiciário. Afirma que os recursos depositados nas contas mencionadas são impenhoráveis e que o art. 655-A do Código de Processo Civil é inconstitucional, por afrontar as garantias da ampla defesa e do contraditório, bem como o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição). Lembra, de mais a mais, que as instituições financeiras têm conhecimento de que os recursos depositados naquelas contas são provenientes de convênios, cauções, ou são vinculados a uma determinada despesa por força de lei ou da Constituição.

5. O eminente Ministro Relator, Joaquim Barbosa, negou a liminar pleiteada, por não vislumbrar, na hipótese dos autos, o *fumus boni iuris* ou o *periculum in mora*. Levou em consideração, principalmente, a ausência de prejuízo advindo do bloqueio efetivado em 26 de dezembro de 2008, desconstituído três dias

depois, assim como a crescente posituação legal que vem sofrendo o Sistema Bacen Jud.

6. Notificada a autoridade impetrada em 9 de março de 2009, vieram-me os autos para apreciação.

APRECIACÃO

Considerações preliminares

7. Antes de avançar nas questões deduzidas, convém precisar o que é o Sistema Bacen Jud, a fim de afastar a alegação de que a autoridade impetrada teria praticado ato ilegal ou inconstitucional.

8. O Parecer 2003/00514 (Dejur/Gabin)¹ consignou, com didatismo exemplar que:

Os juízes podem enviar suas determinações diretamente às instituições financeiras. Todavia, pela facilidade de comunicação do Banco Central do Brasil com o Sistema Financeiro Nacional (especialmente por intermédio do chamado SISBACEN²), o Poder Judiciário, em regra, encaminha a ordem ao Banco Central, que providencia sua transmissão aos integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Basicamente, o Banco Central “converte” os ofícios encaminhados pelo Poder Judiciário em “correios eletrônicos do SISBACEN” e os remete às instituições financeiras destinatárias. Assim, o Banco Central do Brasil, desde os anos 80, vem prestando um importante serviço à Justiça, traduzido pelo repasse, às instituições do Sistema Financeiro Nacional, das solicitações remetidas pelo Poder Judiciário, tais como comunicação e extinção de falência, bem como bloqueios e desbloqueios de aplicações e movimentações financeiras de pessoas físicas e jurídicas.

1/ Da lavra do Subprocurador-Geral Luiz Ribeiro de Andrade e despacho do Procurador-Geral, Francisco José de Siqueira, esse parecer instruiu a ADI 3.191, também de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Foi publicado na *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, v. 1, n. 1, dez. 2007, p. 313 e 314.

2/ Sistema de Informações Banco Central.

9. Quando ainda não havia o Sistema Bacen Jud, essas providências somente poderiam ser requisitadas ao Banco Central por meio de ofícios em papel. Sucede que, em poucos anos, o volume de ofícios enviados à Autarquia cresceu extraordinariamente. Consoante informa o *site* do Banco Central do Brasil, em dez anos (de 1998 a 2008), o volume de solicitações recebidas pela Autarquia passou de 6.384 (seis mil, trezentos e oitenta e quatro) para 3.671.735 (três milhões, seiscentos e setenta e um mil, setecentos e trinta e cinco) ao ano. Essa demanda do Poder Judiciário acabaria por tornar impossível o atendimento, em tempo hábil, das requisições, pois é necessário um enorme trabalho de triagem, classificação, conferência, digitação e reenvio das determinações judiciais às instituições bancárias.

10. Assim, em razão do crescimento dessa demanda e com o objetivo de prestar as informações de modo eficaz, esta Autarquia inaugurou, em 2001, a primeira versão de um sistema informatizado denominado Bacen Jud 1.0.

11. Esse sistema permitiu que os juízes encaminhassem ao Banco Central, por meio da rede mundial de computadores, de forma segura e econômica, ordens judiciais relativas a solicitações de informações sobre existência de contas e aplicações financeiras de clientes do Sistema Financeiro Nacional, saldos, extratos, endereços, a determinações de bloqueio e desbloqueio de valores, bem como a comunicações de início e extinção de falências.

12. O sistema informatizado Bacen Jud não importou a alteração das regras processuais preexistentes, mas apenas informatizou um procedimento antes utilizado pelos magistrados por meio de ofício em papel.

13. Uma inegável vantagem do sistema, bem lembrada no referido Parecer 2003/00514 (Dejur/Gabin), consiste em que:

[...] a interpretação das ordens judiciais pelos analistas do Banco Central, leigos em questões jurídicas, pode ser equivocada; outras vezes, as ordens judiciais omitem dados essenciais à sua circularização; podem, ainda, mostrar-se não muito claras para entendimento de leigos. Com o Bacen Jud foi possível uma padronização das determinações encaminhadas ao Banco Central, que seguem layouts pré-determinados.³

3/ Op. cit., p. 315.

14. Diante do contínuo processo de aperfeiçoamento do sistema e das atuais necessidades do Poder Judiciário, o Banco Central, juntamente com representantes dos tribunais superiores e de entidades de classe do Sistema Financeiro Nacional, decidiram desenvolver o Bacen Jud 2.0, com um novo aplicativo que melhorasse as funcionalidades do Bacen Jud 1.0 e, ao mesmo tempo, criasse novas funcionalidades requeridas pelo Judiciário.

15. As grandes inovações do Bacen Jud 2.0, em execução desde 2005, foram o retorno de respostas das instituições financeiras para os magistrados pelo próprio sistema e seu correspondente controle pelas autoridades judiciárias, bem como a transferência de valores bloqueados para conta de depósito judicial.⁴

16. Os benefícios advindos do desenvolvimento e da larga utilização do Bacen Jud, no que diz respeito à celeridade e à efetividade do provimento jurisdicional, tiveram o reconhecimento do legislador, que, no âmbito do processo civil, positivou as seguintes normas, constantes do art. 655-A, *caput*, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

17. Ante o exposto, já é possível analisar as questões postas pelo impetrante.

4/ Informações extraídas do *site* do Banco Central (<<http://www.bcb.gov.br/?BCJUDINTRO>>). Acessado em: 23 de março de 2009.

Da ilegitimidade passiva *ad causam* *Ne nuntium necare* (não mate o mensageiro)

18. Consoante é possível extrair da síntese acima empreendida, o Bacen Jud é um sistema de **transmissão** de ordens judiciais. Como o próprio impetrante consignou em sua inicial, trata-se de “um instrumento de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e instituições financeiras bancárias, com intermediação, gestão técnica e serviço de suporte a cargo do Banco Central”.

19. As ordens de bloqueio, à toda evidência, partem da autoridade judicial. Aquelas que se transmitem pelo Bacen Jud, inclusive, são as únicas que prescindem de qualquer espécie de tratamento, porque o próprio juiz preenche o formulário eletrônico, encaminhado diretamente, pelo sistema, à rede bancária.

20. Se o magistrado exara uma ordem de bloqueio, sem especificar uma única conta sobre a qual o bloqueio deva incidir, tanto faz o meio utilizado para veicular a ordem: o Sistema Bacen Jud ou o ofício de papel provocarão os mesmos efeitos.

21. Há uma distinção, entretanto, relativa ao tempo de cumprimento da ordem. A utilização do Sistema Bacen Jud, além de conferir maior celeridade e efetividade à medida de constrição,⁵ possibilita que também a ordem de desbloqueio dos valores excedentes seja cumprida mais rapidamente. A respeito das ordens encaminhadas por ofício de papel, veja-se o que consta do já citado Parecer 2003/00514 (Dejur/Gabin):

[...] a determinação do bloqueio de valores é encaminhada pelo Banco Central, via SISBACEN, a todas as instituições financeiras. Assim, se a empresa tem mais de uma conta, o mesmo débito pode ser bloqueado em todas elas até o limite determinado pelo juiz. Como não há resposta imediata da instituição financeira ao magistrado, a ordem de desbloqueio da conta poderá demorar alguns dias, até ser comunicada à instituição financeira.

5/ Sobre os benefícios do Sistema Bacen Jud no âmbito processual, da administração da justiça e da economia, ver o excelente artigo Uma Pedra ao Espelho d'Água: o Bacen Jud no Contexto da Reforma Processual e sua Contribuição para a Efetividade da Prestação Jurisdicional, da lavra de Fabiano Jantalia (publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, v. 1, n. 1, dez. 2007, p. 77 a 105).

22. Com a adoção do Bacen Jud 2.0, contudo, as instituições financeiras comunicam rapidamente, também de forma eletrônica, o cumprimento da ordem ao juiz, que pode, de maneira igualmente célere, permitir a liberação dos valores bloqueados em excesso.

23. De se ver, assim, que o Presidente do Banco Central não interfere de modo algum no cumprimento da ordem judicial pelas instituições financeiras. O Banco Central, repise-se, faz o mero papel de mensageiro.

24. Não se pode perder de vista o art. 1º, § 2º, III, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que define autoridade como “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”. A propósito, esclarece Cassio Scarpinella Bueno que, “embora as regras dessa lei tenham aplicabilidade restrita à Administração Federal, o conceito é válido para todas as demais esferas federadas, porque afinado com a doutrina e a jurisprudência que se formaram sobre o tema”.⁶ **Autoridade coatora, destarte, é a pessoa que ordena a prática concreta ou a abstenção impugnáveis, não o mero executor material e, em hipótese alguma, aquele que tão-somente comunica a ordem.**

25. Se a ordem judicial é ilegal, incumbe à parte que se sentir prejudicada interpor recurso ao órgão jurisdicional de instância superior ou ajuizar contra a autoridade judicial coatora outro meio de impugnação que entender cabível.

26. Demonstrada, assim, a ilegitimidade passiva *ad causam* do Presidente do Banco Central para figurar no feito, na qualidade de impetrado, impõe-se a extinção do processo, sem julgamento de mérito. Entretanto, levando em consideração eventual exame quanto ao mérito da causa, tecem-se as considerações a seguir.

Da constitucionalidade do encaminhamento de ordens judiciais às instituições financeiras por meio eletrônico

27. O impetrante pede a concessão de segurança para que a autoridade impetrada se abstenha de realizar bloqueios, **por meio do Sistema Bacen Jud**, nas “contas-convênio”, “contas-vinculadas” e “contas-caução” cadastradas em nome do Estado do Mato Grosso do Sul e dos órgãos e entidades de sua Administração

6/ BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20.

Direta e Indireta, bem como para que não bloqueie valores superiores aos especificados em ordem judicial.

28. Como causa de pedir, aduz a inconstitucionalidade do art. 655-A do Código de Processo Civil, por suposta afronta às garantias da ampla defesa e do contraditório, bem assim ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição).

29. Não percebe o impetrante, todavia, que a válida utilização do Sistema Bacen Jud para a transmissão de ordens judiciais prescinde daquela norma processual, cuja inconstitucionalidade se invoca. A **única** inovação trazida pelo dispositivo, no que tange ao uso do Bacen Jud, diz respeito à recomendação preferencial à utilização dessa forma de comunicação em relação às solicitações feitas por meio de ofício de papel.

30. A discussão que poderia ser travada – mas não foi –, com base no argumento deduzido, concerne à juridicidade de se penhorar dinheiro em depósito ou aplicação financeira, que nada tem a ver com a legalidade ou a constitucionalidade do meio empregado para se efetuar a penhora desses ativos. Se o impetrante se pautasse, aliás, pela discussão acerca da viabilidade jurídica da constrição de dinheiro em depósito mantido em instituição financeira, a ilegitimidade do Presidente do Banco Central seria ainda mais ostensiva.

31. No que tange, portanto, à específica questão dos autos, qual seja a constitucionalidade de se transmitir ordens judiciais pelo Sistema Bacen Jud, o então Procurador-Geral da República, antes mesmo da inclusão do art. 655-A, *caput* e §§ 1º e 2º, no Código de Processo Civil, opinou por sua juridicidade no parecer ofertado na ADI nº 3.091/DF, cujo mérito ainda não foi apreciado.

In verbis:

Não existe, portanto, qualquer inovação na ordem jurídica apta a gerar uma inconstitucionalidade. A criação do sistema BACEN JUD apenas visou facilitar o processo de solicitação de informações pelos juízes às instituições do Sistema Financeiro Nacional, que, se antes era realizado mediante ofício em papel, agora se faz por meio eletrônico. Não há criação de norma processual ou trabalhista, que possa ser aferida em face do art. 22, I, da Carta da República. Como bem salientou o E. Presidente do TST, em suas informações, “na verdade, não se legislou sobre instituto novo de processo ou de direito do trabalho. Apenas tentou-se viabilizar a penhora sobre dinheiro, já que o art. 882 da CLT alude expressamente à

ordem preferencial estabelecida no art. 655 do Código de Processo Civil, que prioriza o dinheiro como bem preferencial a ser penhorado. Recusada a nomeação de bens feita sem a obediência à ordem preferencial, pode a parte requerer ou o juiz determinar de ofício a penhora sobre dinheiro, passando à sua busca mediante o sistema Bacen Jud. Com já enfatizado anteriormente, **o sistema Bacen Jud não é outra forma de penhora. É simples busca de dinheiro em conta bancária do devedor recalcitrante**”. (destacou-se).

32. Merece registro ainda a decisão do Conselho Nacional de Justiça no Pedido de Providências nº 2007.10.00.001581-8, formulado por Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais, acerca da existência ou não de obrigatoriedade do cadastramento no Sistema Bacen Jud de magistrado que atua em processo de execução de quantia certa contra devedor solvente. Por unanimidade, o Colegiado respondeu afirmativamente à consulta, concedendo o prazo de 60 dias para que os tribunais informassem aos magistrados sobre a obrigação de cadastramento. O Conselheiro Relator Felipe Locke Cavalcanti, em seu voto, esclareceu que “qualquer instrumento de agilização, comprovadamente eficaz, que venha desembaraçar e simplificar o andamento das ações deve ser compulsório ao Magistrado”.

33. Por outro lado, deve-se ressaltar que a utilização do Sistema Bacen Jud permite que sejam evitados bloqueios múltiplos ou de contas cujos valores sejam impenhoráveis, o que não era possível quando a solicitação era feita por ofício de papel. O próprio impetrante, com efeito, poderia ter se precavido do excesso de penhora ou dos bloqueios em “contas-convênio”, “contas-vinculadas” ou “contas-caução”. Bastava, para tanto, ter cadastrado, junto aos tribunais superiores, conta única para bloqueio, nos termos do regulamento do Bacen Jud 2.0, cujo art. 9º estabelece a seguinte orientação:

Art. 9º As ordens judiciais de bloqueio de valor têm como objetivo bloquear até o limite das importâncias especificadas.

(...)

§ 5º Quando a ordem de bloqueio de valor for destinada a um número de conta, a instituição financeira cumprirá a ordem com base apenas no saldo dessa conta, sem considerar as aplicações financeiras e demais contas do réu/executado vinculadas a outro número. Caso a instituição financeira

mantenha mais de um tipo de conta e aplicação financeira sob o mesmo número, o bloqueio deverá incidir sobre todas. Se o juízo quiser atingir todas as contas e aplicações financeiras do réu/executado, nenhum número de conta deve ser indicado.

§ 6º Em havendo conta única para bloqueio cadastrada junto ao órgão ou Tribunal Superior, o sistema BACEN JUD 2.0 alertará o usuário da conveniência de utilização da referida conta para evitar múltiplos bloqueios. (destacou-se).

34. Destarte, ficou demonstrado (1) que a validade da transmissão de solicitações judiciais por meio do Sistema Bacen Jud não se apoia no art. 655-A do Código de Processo Civil; (2) que a criação e a utilização do Bacen Jud prescindiram de qualquer inovação na ordem jurídica, por ser, tão-somente, um sistema veiculador das ordens judiciais antes transmitidas mediante ofício de papel; e (3) que, pelo meio eletrônico, contratempos como o bloqueio de valor superior ao especificado em ordem judicial ou de contas com numerário impenhorável podem ser contornados com o simples cadastramento de conta nos tribunais superiores. Conclui-se, assim, pela constitucionalidade do Sistema e, até mesmo, pela conveniência de sua adoção generalizada, em substituição à antiga forma de solicitação de providências por meio de ofício de papel.

CONCLUSÃO

35. Ante o exposto, tendo-se fixado que a ameaça contra a qual se insurge o impetrante não pode partir da autoridade impetrada, mas sim de autoridade judicial, impõe-se a extinção do feito, sem julgamento de mérito.

36. Adentrando-se, eventualmente, no mérito, tem-se que deve ser denegada a segurança requerida, pois foi demonstrada a constitucionalidade e a legalidade do Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil – Sistema Bacen Jud.

À consideração de Vossa Senhoria.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa

Procurador

Aprovo o pronunciamento legal de autoria do procurador Felipe de Vasconcelos Pedrosa, que bem equaciona a matéria ora apreciada, concluindo pela carência do direito de ação, por ilegitimidade de parte do presidente do Banco Central.

2. Remeta-se o parecer ao Gabinete do Presidente, com a anexa minuta de aviso, cujos termos adoto, propondo seu encaminhamento ao eminente ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, a título de informações nos autos da ação mandamental.

Francisco José de Siqueira

Procurador-Geral

Parecer PGBC-94.001/2009

Análise da juridicidade da adoção de cláusula de *set-off* no Acordo de *Swap* de Moedas a ser firmado entre o Banco Central do Brasil e o *Federal Reserve Bank of New York*.

Marcus Vinícius Saraiva Matos
Consultor Jurídico

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer
Subprocurador-Geral do Banco Central

Francisco José de Siqueira
Procurador-Geral do Banco Central

Parecer PGBC-94.001/2009
Proc. 0901442601

Brasília, 1º de abril de 2009.

EMENTA: Assunto de política monetária e cambial. Acordo de swap de moedas entre o Banco Central do Brasil e o Federal Reserve Bank of New York. Contrato derivativo que não constitui operação de crédito externo para os fins da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Resolução do Senado Federal nº 48, de 2007. Competência do Conselho Monetário Nacional para dispor sobre limites e condições do contrato. Adoção de cláusula contratual que autorize, em caso de inadimplemento, a parte credora a debitar em conta de depósito ou investimento nela mantida o valor devido pela outra parte. Proposta de voto e de resolução sobre o assunto.

Senhor subprocurador-geral,

ASSUNTO

Trata-se de minuta de voto conjunto das áreas de política econômica, de política monetária e de assuntos internacionais, em que os subscritores propõem a edição de resolução¹ do Conselho Monetário Nacional que altere a Resolução nº 3.631, de 30 de outubro de 2008,² de modo a:

– conferir nova redação ao artigo 2º da citada Resolução, alterando o termo final para a realização, pelo Banco Central do Brasil, de operações de *swap* de moedas com o *Federal Reserve Bank of New York* (Fed-NY).

1/ Minuta de resolução anexa à minuta de voto conjuntos das áreas de assuntos internacionais, de política econômica e de política monetária.

2/ A Resolução nº 3.631, de 2008, “*Dispõe sobre a realização de contrato de swap de moedas entre o Banco Central do Brasil e o Federal Reserve Bank of New York*”.

O termo final passaria a ser 30 de outubro de 2009, em lugar de 30 de abril do corrente ano;

– acrescentar à aludida Resolução o artigo 4º-A, que autoriza a inclusão, no contrato de *swap* de moedas com o Fed-NY, de cláusula segundo a qual, em caso de inadimplemento, a parte credora pode debitar em conta de depósito ou investimento, nela mantida pela parte devedora, o valor da obrigação vencida, com os encargos pactuados.

APRECIACÃO

I – Da alteração do termo final para contratação de *swap* de moedas com o Fed-NY

2. Consoante o artigo 6º da Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009, fica o Banco Central do Brasil autorizado a realizar operações de *swap* de moedas com bancos centrais de outros países, nos limites e condições fixados pelo Conselho Monetário Nacional.

3. A Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.631, de 2008, ao dispor sobre a realização de contrato de *swap* de moedas entre o Banco Central do Brasil e o Fed-NY, estabeleceu como uma das condições da avença que as operações fossem realizadas até o dia 30 de abril.

4. Os diretores das áreas de política econômica, de política monetária e de assuntos internacionais, na minuta de voto sob exame, propõem a alteração do termo final de vigência da Resolução nº 3.631, de 2008, passando de 30 de abril de 2009 para 30 de outubro de 2009.

5. O termo final somente é passível de alteração enquanto não tiver transcorrido. Como a data de 30 de abril de 2009 ainda não transcorreu, tal termo pode ser alterado para uma data futura (no caso em tela, 30 de outubro de 2009). Faz-se necessária, para tanto, a edição de nova resolução do Conselho Monetário Nacional, alterando, nesse particular, a Resolução nº 3.631, de 2008, finalidade essa que a minuta de resolução satisfaz.

II – Da descaracterização da operação de *swap* de moedas como operação de crédito

6. A Resolução nº 3.631, de 2008, autoriza o Banco Central do Brasil a firmar contrato de *swap* de moedas com o Fed-NY, conforme as condições operacionais por ela fixadas.

7. Por seu turno, a minuta de resolução anexa ao voto acresce à Resolução nº 3.631, de 2008, o art. 4º-A, que prevê expressamente a possibilidade de inclusão da cláusula de *set-off* no contrato a ser assinado entre esta autarquia e o Fed-NY. Essa cláusula, no dizer do item 5 do voto proposto, permite à parte credora, em caso de inadimplemento, debitar da conta de depósito ou investimento, nela mantida pela parte devedora, o valor da obrigação vencida.

8. Cumpre verificar, destarte, se a edição de semelhante preceito pelo Conselho Monetário Nacional conforma-se à legislação pátria. Segundo nota técnica elaborada pelo Depec (fls. 7 e 8), assim é descrita a operação de *swap* de moedas:

Nessa modalidade de operações, bancos centrais trocam seus passivos monetários, por um período determinado, mediante a realização de depósitos recíprocos. Na data inicial, o banco central do país A deposita, na sua moeda nacional, o valor acordado em uma conta titularizada pelo banco central do país B. Na referida data, o banco central do país B faz o mesmo. Na data de vencimento da operação, os depósitos de B em A, e de A em B, são debitados (acrescidos de juros quando for o caso), encerrando o *swap*.

9. Acrescenta ainda o Depec, a título de informação, que a operação de *swap* de moedas não gera endividamento para o Brasil, opinião essa, segundo a referida nota, partilhada pelo Fundo Monetário Internacional (ao não considerá-la como passivo externo incluso no endividamento externo do País).

10. Na mecânica descrita pelo Depec, em razão do fato de haver aporte recíproco de recursos em contas de depósitos de titulares diferentes, juridicamente há uma **aquisição**, pelo BCB, de um ativo externo (expresso em dólares norte-americanos), com o correspondente registro de um passivo interno (expresso em Reais) de mesmo montante, verificando-se tal situação, em sentido inverso, também com o Fed-NY (aquisição de ativos externos em Reais, com o correspondente registro de um passivo interno em dólares norte-americanos),

que, no momento final (termo da operação), serão os ativos angariados objeto de débitos, igualmente, recíprocos (quando da destroca das moedas).³

11. Portanto, observo que, sob o aspecto jurídico, o que há é uma troca de disponibilidades presentes mediante o ato negocial da aquisição, processada no âmbito de uma relação jurídica comutativa. Isto é, o mesmo fenômeno contábil que ocorre com o BCB também ocorre com o Fed-NY, daí a operação não gerar endividamento para o Brasil.

12. Como o *swap* de moedas com o Fed-NY, dada a sua mecânica, **não é um financiamento, um empréstimo ou ato que o valha (troca de disponibilidade futura de dinheiro por disponibilidade presente), conclui-se que não constitui operação de crédito externo (um fato gerador de um passivo externo incluso no endividamento do País), mas tão-somente um derivativo financeiro**, que, muito pelo contrário, ao invés de endividar o Brasil, contribui para aumentar as Reservas Internacionais de nossa pátria. Isso faz com que a aludida operação escape ao âmbito de incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF),⁴ não incidindo na espécie a vedação constante do § 5º do art. 32 da referida lei.⁵

13. Nesse particular, consigna o Parecer Dejur-42, de 2002,⁶ ao interpretar o art. 29, inciso III, da LRF,⁷ que a aludida norma faz uso do método da enumeração casuística das hipóteses qualificáveis como operação de crédito, adicionando ao rol de hipóteses a fórmula genérica “e outras operações assemelhadas”.

14. De acordo com o citado Parecer, é preciso identificar, no conjunto de hipóteses empregadas pela lei (“mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes de venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil”),

3/ O Banco Central do Brasil será debitado em dólares norte-americanos e creditado, no mesmo montante, em reais e vice-versa se dará com o Fed-NY.

4/ Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

5/ “Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente.

.....
§5º Os contratos de operação de crédito externo não conterão cláusula que importe na compensação automática de débitos e créditos.”

6/ Emitido em 30 de janeiro de 2002 pelo consultor jurídico Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, com despacho do subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos.

7/ “Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

.....
III – operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes de venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;”

o grupo de características das operações de crédito que irão orientar a escolha das demais hipóteses, não mencionadas expressamente. Ainda conforme o mencionado Parecer, o intérprete recebe da própria regra a incumbência de completar o comando normativo. Tal incumbência, diz o parecerista daquela manifestação jurídica, é acompanhada de limites à interpretação, impostos pelo legislador: as hipóteses escolhidas pelo intérprete devem guardar fidelidade com o plano da lei, já que apenas os casos análogos podem ser escolhidos para completar o preceito.

15. À vista disso, o Parecer DEJUR-42, de 2002, indagou qual a característica presente nas operações de “mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços e arrendamento mercantil”, que permite configurá-las como operação de crédito, para os fins da LRF, ao tempo em que respondeu que essa característica está na assunção de compromisso financeiro que proporcionará a troca de liquidez futura (ou seja, da disponibilidade futura de dinheiro) pela liquidez presente.

16. Ante o entendimento esposado, diz o Parecer DEJUR-42, de 2002, que serão considerados operações assemelhadas, enquadráveis no conceito de operação de crédito, os compromissos financeiros que importem, para o ente público, troca de disponibilidade futura de dinheiro por disponibilidade presente.

17. Portanto, nas operações de “mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços e arrendamento mercantil” e nas “operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos”, a nota capaz de caracterizá-las como operação de crédito para os fins da LRF são os compromissos financeiros assumidos que resultem, para o ente público, a troca da liquidez futura pela liquidez presente.

18. Dessa forma, à luz do citado Parecer, se o derivativo financeiro trazer como consequência a troca de liquidez futura (disponibilidade futura de dinheiro) por liquidez presente (disponibilidade presente), ele é, além de um derivativo financeiro, uma operação de crédito, para os fins da LRF. Do contrário, não.

19. Em outras palavras, se o derivativo financeiro, como no caso em comento, implicar a troca de disponibilidades presentes, ele não se enquadra, conforme itens 8 a 11 deste parecer, no conceito de operação de crédito, para os fins da LRF,

sendo apenas e tão-somente um derivativo financeiro. Por essa razão, o contrato de swap de moedas a ser firmado entre o Banco Central do Brasil e o Fed-NY não se inscreve no âmbito de incidência do mencionado diploma legal, não lhe sendo aplicável, por conseguinte, a vedação constante do § 5º do artigo 32 da LRF.

20. Igual raciocínio vale para a Resolução do Senado Federal nº 48, de 21 de dezembro de 2007, uma vez que o conceito de operação de crédito conferido por seu art. 3º⁸ é o mesmo do art. 29, III, da LRF. Logo, a despeito de as operações de crédito do Banco Central do Brasil não estarem sujeitas à aprovação do Senado Federal (*caput* do art. 11 da aludida Resolução),⁹ o *swap* de moedas que esta autarquia pretende realizar com o Fed-NY não é uma operação de crédito, situação que o deixa a salvo da vedação constante do art. 8º, inciso IV, da Resolução em tela.¹⁰

III – Da não incidência do Decreto-Lei nº 9.025, de 1946, na espécie

21. O art. 10 do Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946,¹¹ veda a realização de compensação privada de créditos ou valores de qualquer natureza e sujeita os responsáveis por sua violação às penalidades previstas no Decreto nº 23.258, de 19 de janeiro de 1933.

22. A compensação privada, objeto da vedação do art. 10 do Decreto-Lei nº 9.025, de 1946, é o acerto de contas entre credores e devedores recíprocos, domiciliados ou residentes em países distintos, um deles sendo o Brasil, **sem que se realize transferência de divisas para a liquidação dessas obrigações**, de forma que se fixe o montante líquido devido por uma parte à outra e apenas o aludido montante seja exigível no vencimento dos contratos.

8/ “Art. 3º Constitui operação de crédito, para os efeitos desta Resolução, os compromissos assumidos com credores situados no país ou no exterior, em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.”

9/ “Art. 11. Sujeitam-se à aprovação específica do Senado Federal as operações de crédito externo, de responsabilidade da União, excluído o Banco Central do Brasil, bem como as garantias concedidas pela União a operações de mesma natureza, inclusive aditamento a contrato relativo à operação de crédito externo que preveja a elevação dos valores mutuados ou financiados ou redução dos prazos de pagamento.”

10/ “Art. 8º Os contratos relativos a operações de crédito externo não podem conter qualquer cláusula:

IV – que implique compensação automática de débitos e créditos.”

11/ “Art. 10. É vedada a realização de compensação privada de créditos ou valores de qualquer natureza, sujeitos os responsáveis às penalidades previstas no Decreto nº 23.258, de 19 de Janeiro de 1933.”

23. A vedação da compensação privada se inscreve no contexto da fiscalização bancária, de modo que a norma visa a coibir o encontro de contas entre nacionais e estrangeiros, com a intenção de os obrigar a realizar operações de transferência de moedas, para, dessa forma, submeter o fluxo de divisas aos controles da autoridade monetária. Nesse sentido, conforme conclusão assentada no Parecer PGFN s/nº, de 10 de março de 1982,¹² aprovado na mesma data pelo Ministro de Estado da Fazenda, a proibição ao uso do mecanismo de *set-off* feita pelo decreto-lei em comento é motivada pelo interesse no controle do Banco Central do Brasil sobre as operações de câmbio.

24. Se o fim desejado pela norma é o controle do fluxo de divisas, por meio do poder de polícia exercido sobre o mercado cambial, o contrato de *swap* de moedas a ser firmado com o Fed-NY, inclusive com cláusula de *set-off*, não constitui infração ao art. 10 do Decreto-Lei nº 9.025, de 1946, eis que as operações objeto do contrato serão realizadas pelo próprio Banco Central do Brasil – agente público fiscalizador do mercado cambial – com esteio em contas de depósito nominalmente identificadas (esta autarquia de um lado e do outro o Fed-NY), em que os ativos e passivos que por elas transitam estarão submetidos ao controle da autoridade monetária.

IV – Da cláusula de *set-off* como condição estabelecida em contrato-padrão

25. O novo Código Civil, no seu art. 421, dispõe que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

26. A Jornada de Direito Civil realizada, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aprovou o enunciado 22, que confere a seguinte interpretação ao destacado artigo:

22 – A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando **trocias úteis e justas**.

12/ Publicado no Diário Oficial da União de 17 de março de 1982, p. 4.627 e 4.628.

27. Portanto, à luz dessa interpretação, um contrato cumpre a sua função social quando assegura trocas úteis e justas. É precisamente o que ocorre com o contrato a ser firmado entre o Banco Central do Brasil e o Fed-NY.

28. A pretendida contratação perpassa uma equivalência material das prestações, isto é, uma equivalência objetiva, de modo que a valoração econômica das contraprestações é a mesma (no termo inicial e no termo final da operação, o montante de dólares e de reais objeto, respectivamente, de troca e de destroca é igual), preservando, assim, a comutatividade da relação jurídica a ser encetada.

29. No entanto, se no plano objetivo há uma equivalência material das prestações, no plano subjetivo, ou seja, no âmbito da importância que a prestação de uma parte assume para a outra, a pretendida relação contratual pende para o lado do Banco Central do Brasil, porque ela encerra um benefício intangível a favor do País. Ante os sólidos fundamentos de sua economia, o Brasil se vê contemplado pela distinção de realizar um contrato de *swap* de moedas com o Fed-NY, que abre a possibilidade de se incrementar as reservas internacionais do País num momento de crise internacional.

30. Trata-se de contrato que, cumprindo a função social a que se destina, se qualifica como contrato de **direito privado** da Administração, porquanto celebrado entre o Banco Central do Brasil e uma entidade estrangeira que não se sujeita ao poder de império desta autarquia (*jus imperii*). A avença, por essa razão, é regida pelo direito negocial (cláusulas acordadas entre as partes, dentre as quais a de *set-off*) e não por um direito próprio da Administração Pública, ab-rogante de disposições contratuais dele destoantes.

31. Regido que é o contrato pelo direito negocial, as partes contratantes – Banco Central do Brasil e Fed-NY – podem dispor sobre o pagamento, isto é, sobre o ato capaz de liquidar as obrigações mútuas, inclusive mediante a adoção da cláusula de *set-off*, que, segundo a minuta de voto, constitui item padrão do contrato proposto pela autoridade monetária norte-americana aos países aceitos no programa, dos quais, há de se ressaltar, o Brasil é o único contemplado na América do Sul.

32. Assim procedendo, podem as partes contratantes pactuar que o pagamento das obrigações mútuas dar-se-á pela troca e destroca das moedas de cada parte (execução normal do contrato) ou, em caso de inadimplemento, pelo mecanismo do *set-off*, mediante a exceção do contrato não cumprido (não

devolução, pela parte adimplente, da moeda que possua em conta de depósito, por ela titularizada, que iria ser restituída no vencimento da operação), ou por meio da autorização de débito, de forma que a parte credora debite em conta de depósito ou investimentos nela mantida o valor que a parte inadimplente deve (execução anômala do contrato).

33. Sendo a cláusula de *set-off* uma forma de pagamento, esta constitui uma *condição* da avença, isto é, pressuposto sob o qual o contrato de *swap* de moedas pode vir a se desenrolar, que diz respeito ao exercício, pelas próprias partes, da capacidade de levar a cabo a exceção do contrato não adimplido ou de autorizar débitos referentes a valores devidos. Há, no particular, legitimação do Banco Central do Brasil para praticar atos de disposição, realçada pelo fato de as reservas internacionais integrarem o comércio jurídico, passíveis, portanto, de ser objeto de negócios jurídicos.

34. Na moldura do negócio jurídico a ser firmado entre o Banco Central do Brasil e o Fed-NY, é a cláusula de *set-off* uma condição contratual. Como se trata de condição, o Conselho Monetário Nacional pode sobre ela dispor, uma vez que o art. 6º da Lei nº 11.908, de 3 de março 2009, autoriza o Banco Central do Brasil a realizar operações de *swap* de moedas com bancos centrais de outros países, desde que observados os *limites e condições* fixados por aquele órgão colegiado.

35. O mecanismo contratual do *set-off*, estabelecido como condição da avença, por se tratar de *jus gestionis*, referente, portanto, à liquidação das obrigações acordadas, incluso num contrato de direito privado da Administração, encerra uma aceitação, um direito de transigência, que não se confunde com a renúncia à imunidade de jurisdição, uma vez que esta somente ocorre quando o ente estatal, investido do *jus imperii* (ou seja, na condição de Poder Público), ao firmar contrato com um estrangeiro, abre mão da prerrogativa de não se ver submetido à condição de parte perante a Justiça de outro Estado soberano.

V – Da descaracterização da cláusula de *set-off* como garantia do contrato

36. O patrimônio do devedor responde por suas dívidas, constituindo, dessa forma, uma garantia genérica para o credor. Porém, essa garantia genérica não se confunde com os meios técnicos de que o ordenamento legal dispõe para

reforçar o direito do credor, de modo a proporcionar maior facilidade para a satisfação do crédito, que são a garantia real e a garantia fidejussória.

37. ORLANDO GOMES assim conceitua as garantias real e fidejussória:

[...] Com o duplo objetivo de facilitar o crédito e permitir ao credor que se acautele contra o risco de inadimplemento, e, até, mesmo, os vexames da execução coativa, a lei põe a disposição do credor várias medidas de que se pode valer para ter uma garantia específica.

Esses meios técnicos consistem nas chamadas garantias reais e pessoais ou simples.

O Direito pátrio regula as garantias do primeiro tipo como direitos reais. Tais direitos conferem ao titular o privilégio de obter o pagamento de uma dívida com o valor de um bem, lato sensu, aplicado exclusivamente à sua satisfação. O mecanismo é simples; determinada coisa fica especialmente vinculada ao pagamento da dívida, de sorte que, se o devedor não paga, o credor promove sua venda judicial para cobrar-se no preço, com preferência sobre outros credores. Desse modo, o credor assegura a satisfação do crédito, de maneira mais incisiva, inclusive pelo valor psicológico da garantia. Essa preferência atesta a superioridade das garantias reais no sistema de segurança de créditos, visto como, em todas, a coisa dada em garantia fica sujeita, mediante vínculo real, ao cumprimento da obrigação. São direitos reais de garantia, entre nós, o penhor, a anticrese e a hipoteca. Acrescente-se a caução, embora constitua modalidade do penhor. Posto tenham como função garantir o pagamento de uma dívida, constituindo-se como direitos acessórios de um crédito, o penhor, a anticrese e a hipoteca são deslocados em muitos Códigos para o campo do Direito das Coisas pelo traço mais forte que lhes imprime a natureza real. É, portanto, nesta parte especial do Direito Civil que devem ser estudados.

Dentre as garantias pessoais ou simples, destacam-se a fiança, o aval e a solidariedade. A fiança é o contrato acessório pelo qual uma pessoa assume, para com o credor, a obrigação de pagar uma dívida, se o devedor não o fizer. Constitui, evidentemente, um reforço, porquanto o credor assegura melhor seu direito se alguém se responsabiliza pelo cumprimento da obrigação, mormente quando se estipular a solidariedade entre fiador e afiançado.

A fiança é contrato típico, disciplinado entre os que a lei esquematiza. Seu estudo pertence, por conseguinte, ao Direito Contratual, embora não seja sempre garantia convencional.

O aval é garantia simples, própria dos títulos cambiários, coobrigando necessariamente quem o presta, ao contrário da fiança, a que se assemelha. Seu estudo já é pertinente ao Direito Civil, (RA) pois o novo texto do código Civil estabelece que o pagamento de título de crédito pode ser garantido por aval, equiparando quem o dá aos demais coobrigados, fazendo-o responsável, ainda que nula a obrigação destes (RA).

A solidariedade não é propriamente uma garantia, uma vez que não constitui, como a fiança e o aval, negócio distinto, estipulado precisamente para exercer essa função. Contudo, por seu mecanismo, desempenha o mesmo papel. Se, em vez de um só devedor, o credor tem vários devedores vinculados por solidariedade, aumentam as possibilidades de realização do seu direito de crédito, por isso que pode exigir a dívida toda de qualquer deles à sua escolha. No aval, a solidariedade entre o devedor de responsabilidade direta e o avalista existe sempre. Na fiança, se for excluído o benefício de ordem, quando, então, a garantia dada pelo fiador se torna mais interessante para o credor.¹³

38. Dito isso, o Depec, em nota de 6 de março de 2009 (fls. 5 e 6), a respeito da constituição de *garantia* (real) com ativos integrantes das reservas internacionais no contrato de swap de moedas a ser firmado entre esta autarquia e o Fed-NY, informa o que segue:

O padrão metodológico internacional que conceitua as reservas internacionais e define os itens que a compõem é o Manual de Balanço de Pagamentos do FMI, 5ª edição (MPB5). Para países que adotam o padrão do *Special Data Dissemination Standarts* (SDDS), essas definições tornam-se obrigatórias e sujeitas a verificação.

De acordo com o MPB5, o conceito de reservas internacionais exclui quaisquer ativos que não estejam prontamente disponíveis:

[...]

A realização do *swap* aumentaria a disponibilidade de dólares depositados em nome do BCB, ocasionado um aumento de reservas, segundo o MPB5:

[...]

Por outro lado, o Guia do Template de Reservas do FMI preconiza que ativos dados em garantia devem ser excluídos não apenas das reservas internacionais, mas inclusive dos “outros ativos em moedas estrangeiras”,

13/ Obrigações/Orlando Gomes. 16ª edição. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 267 e 268.

seção I.B do quadro Ativos de Liquidez em Moedas Estrangeiras da apresentação padrão do SDDS.

[...]

Dessa maneira, caso o *swap* de moedas com o Fed-NY envolva garantias em Treasuries, ocorrerá necessariamente redução de reservas internacionais no mesmo montante dos dólares recebidos na operação, resultando em um impacto nulo no estoque total de reservas.

39. Portanto, na esfera da gestão das reservas internacionais, caso se deem ativos dessas reservas (tais como, por exemplo, títulos do tesouro norte-americano) em garantia do cumprimento de obrigações assumidas pelo Banco Central do Brasil, os ativos ofertados ficarão gravados (excluídos das “reservas internacionais” e dos “outros ativos em moedas estrangeiras”), não possuindo esta autarquia livre disponibilidade sobre eles (porque se trata de uma exigibilidade de terceiros contra seu patrimônio).

40. Diversamente ocorre com a cláusula de *set-off*, uma vez que não se confunde com uma garantia. O Depec, em nota de 25 de março de 2009 (fl. 12), ao analisar a repercussão de hipotético *default* para as estatísticas do setor externo e para as estatísticas fiscais, assim se manifestou sobre a referida cláusula:

Em caso de inadimplemento por parte do BCB, o contrato proposto pelo Federal Reserve prevê cláusula de *setoff*, mediante a qual o BCB autorizaria o Federal Reserve a debitar a seu favor qualquer crédito, depósito ou ativo de propriedade do BCB.

De acordo com essa cláusula de *setoff*, vencido o prazo do *swap* e constatado o *default*, se o Federal Reserve executar a compensação em face do inadimplemento do BCB, registra-se no balanço de pagamentos, a débito, o valor devido de *swap* e, a crédito, um pagamento em atraso, que do ponto de vista metodológico constitui passivo integrante da dívida externa.

Relativamente às estatísticas fiscais, registre-se, primeiramente, que a operação de *swap* não gera impacto na dívida líquida e nas necessidades de financiamento do exercício. Ao realizar a operação, o Banco Central adquire um ativo externo e registra um passivo interno de mesmo montante.

Havendo *default*, se o *Federal Reserve* executa a compensação debitando um ativo do banco Central no exterior, registra-se a baixa desse ativo e a baixa equivalente do passivo interno formado pelos recursos colocados à disposição do *Federal Reserve*. Se a execução da compensação não for

suficiente para saldar a operação, registra-se a criação de um passivo externo (integrante da dívida externa) e a baixa equivalente dos recursos colocados à disposição do *Federal Reserve* (passivo interno). Em qualquer caso, não há impacto na DLSP e nas necessidades de financiamento do setor público. Nessa análise, não estão considerados eventuais efeitos decorrentes do descasamento de ativos e passivos, ocasionados por alterações na taxa de câmbio.

41. Como o contrato de *swap* de moedas a ser firmado com o Fed-NY, com a cláusula de *set-off* inclusa, proporciona a aquisição, pelo Banco Central, de um ativo externo em dólares, esta autarquia passa a dispor de recursos integrantes do conceito de reservas internacionais, caracterizados, portanto, pela livre negociação. Adotada a cláusula de *set-off*, tais recursos somente deixarão de ser livremente negociáveis em caso de inadimplemento, quando se operar o débito em conta mantida na parte adimplente, não como execução de garantia, mas como condição resolutiva do contrato. Nesse momento, a parte adimplente (credora) compensará o seu crédito, debitando em conta de ativo externo da parte inadimplente (devedora) o valor devido em virtude do *swap* de moedas.

42. Verifica-se, ante o exposto, que a cláusula de *set-off* não configura garantia pessoal, pois não se confunde com a assunção, por terceiro, do compromisso de adimplência de uma obrigação contraída pela parte em um negócio jurídico. Muito menos constitui garantia real, uma vez que, assinado o contrato, não incide qualquer gravame sobre os ativos integrantes das contas de depósito ou de investimentos das partes, as quais podem, dada a ausência de vínculo real (sujeição do bem à exigibilidade do credor), manejar tais recursos conforme o interesse de cada qual. Opera o mecanismo contratual (*set-off*), em caso de inadimplência, **como forma de liquidação de obrigação, isto é, de pagamento**, de modo a se saldar a dívida mediante débito em conta autorizado pela parte devedora, por expressa disposição acordada entre os contratantes.

CONCLUSÃO

43. Ante o exposto, sob a fundamentação contida na proposta de voto, conclui-se que o termo final para a realização de operações de *swap* de

moedas entre o Banco Central do Brasil e o *Federal Reserve Bank of New York* (Fed-NY) pode ser alterado pelo Conselho Monetário Nacional, mediante a edição de Resolução.

44. Pode o Conselho Monetário Nacional, ademais, autorizar que o contrato de *swap* de moedas firmado entre esta autarquia e o Fed-NY contenha cláusula segundo a qual, em caso de inadimplemento, a parte credora (adimplente) terá a faculdade de debitar em conta de depósito ou investimento, nela mantida pela parte devedora (inadimplente), o valor da obrigação vencida, com os encargos pactuados.

É como elevo o assunto à consideração de Vossa Senhoria.

Marcus Vinícius Saraiva Matos

Consultor Jurídico

Aprovo a manifestação jurídica da lavra do consultor jurídico Marcus Vinícius Saraiva Matos, que, com fundamento na melhor técnica de interpretação do Direito, analisa as minutas de Voto e de Resolução do Conselho Monetário Nacional acostadas às fl. 1 a 3. O parecer demonstra corretamente que as proposições veiculadas na minuta, sobre encartarem-se nas competências do colegiado, encontram-se, no mais, afeitas ao ordenamento jurídico pátrio.

2. O parecerista expõe com nitidez a distinção existente entre as operações de crédito externo, no sentido da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Resolução do Senado Federal 48, de 2007, e o contrato de *swap* de moedas realizado com apoio na autorização conferida pelo art. 6º da Lei 11.908, de 3 de março de 2009. Conquanto a legislação citada inclua os contratos derivativos no conceito de operação de crédito, é necessário atentar para a teleologia de semelhante classificação, de modo que apenas sejam tratados como operações de crédito os contratos derivativos que, por seus efeitos, assemelhem-se a tais operações.

3. A troca de uma disponibilidade futura de recursos por uma disponibilidade presente, em regra mediante o pagamento de remuneração, consiste em elemento essencial do conceito de operação de crédito. O *swap* de moedas, a seu turno, caracteriza-se pela troca de disponibilidades *presentes*

de recursos; numa operação entre bancos centrais, ocorre um intercâmbio de parcelas das correspondentes bases monetárias. Há, nas *operações de crédito*, uma ampliação do endividamento público, a justificar os controles instituídos pela legislação atinente à austeridade fiscal e ao endividamento externo da União. Diversamente ocorre com o *swap* de moedas em apreço, no qual a troca de disponibilidades presentes demonstra cuidar-se de instrumento para a condução da política cambial pela autoridade monetária, cujo manuseio, conforme afeiçoado pelo Departamento Econômico em nota técnica constante nos autos, não acarreta impacto na dívida pública.

4. Destaco no parecer, ademais, a interpretação atribuída ao art. 10 do Decreto-Lei 9.025, de 1946, que veda a compensação *privada* de créditos ou valores de qualquer natureza. A referida norma, como resulta de sua dicção, aplica-se ordinariamente às operações conduzidas por particulares, aos quais veda, quando ocorra serem simultaneamente credores e devedores externos, a compensação de créditos e débitos, impondo-lhes a contratação de câmbio tanto para o ingresso quanto para a saída de divisas do país.

5. O Parecer PGFN s/nº, de 10 de março de 1982, aprovado pelo Ministro da Fazenda e publicado no DOU de 17 de março de 1982, estendeu às operações de crédito externo da União a vedação à compensação privada de créditos ou valores de qualquer natureza. Segundo o aludido parecer, semelhante tratamento justifica-se uma vez que “não seria possível ao Banco Central exercer qualquer espécie de controle sobre pagamentos realizados diretamente sem sua prévia autorização, conforme exigido por lei”. Em outras palavras, a vedação à compensação *privada* aplica-se também à compensação efetuada *por entes públicos* por se verificar, a respeito de tais entes, a mesma razão, qual seja, a inclusão de cláusulas de *set-off* nos contratos acarretaria distorções no controle do fluxo de divisas pela autoridade cambial (o Banco Central do Brasil).

6. Se essa é a razão para que se vede a compensação de créditos e débitos em operações de crédito externo de entes públicos, não há sentido, como corretamente demonstra o parecer, em se aplicar a aludida vedação de *set-off* aos contratos externos firmados pelo Banco Central do Brasil. Esta autarquia é a autoridade cambial brasileira, responsável pelo acompanhamento do fluxo de divisas e pelo equilíbrio no balanço de pagamentos. Logo, não existe risco de que eventual compensação de créditos e débitos externos efetuada nas próprias

contratações afete os controles cambiais que integram sua competência legal. A proibição do uso de cláusulas de *set-off*, ademais, poderia trazer prejuízos para a boa condução dos assuntos externos desta autarquia, por reduzir o âmbito de negociação dos termos dos contratos que o Banco Central do Brasil busca encetar no exterior.

7. Por tais razões, verifico a necessidade de revisão dos precedentes da Procuradoria-Geral que, com fundamento no art. 10 do Decreto-Lei nº 9.025, de 1946, objetam à admissão de cláusulas da espécie nos contratos externos firmados pelo Banco Central do Brasil. Como consequência da revisão de tal entendimento, a inclusão de cláusulas de *set-off* nos contratos externos desta autarquia passará a pautar-se pelo interesse da superior administração na adequada gestão das reservas internacionais, expresso em votos editados com fundamento no art. 10, VIII, da Lei nº 4.595, de 1964,¹⁴ e no art. 11, XII, do Regimento Interno do Banco Central do Brasil.¹⁵

8. Nesses termos, submeto a presente opinião legal à consideração do senhor procurador-geral, com a sugestão de que firme orientação no sentido indicado no item 7 deste despacho e determine sua anotação nos precedentes da Procuradoria-Geral, dentre os quais destaco os seguintes: Cota Dejur-997, de 27 de novembro de 1996; Parecer Dejur-474, de 28 de junho de 2000; Parecer Dejur-527, de 23 de outubro de 2001; Parecer Dejur-69, de 22 de fevereiro de 2002; Parecer Dejur-693, de 18 de dezembro de 2002; Parecer Dejur-471, de 15 de setembro de 2004; Parecer Dejur-477, de 20 de setembro de 2004; Parecer Dejur-5, de 6 de janeiro de 2005; Parecer PGBC-226, de 25 de agosto de 2006; Parecer PGBC-54, de 2008; e Parecer PGBC-161, de 2 de julho de 2008.

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer
Subprocurador-Geral

14/ "Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil: [...] VIII – Ser depositário das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira e de Direitos Especiais de Saque e fazer com estas últimas todas e quaisquer operações previstas no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional;"

15/ "Art. 11. Compete à Diretoria Colegiada: [...] XII – estabelecer diretrizes e parâmetros (*benchmarks*) para que a administração das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira e de direitos especiais de saque esteja de acordo com as políticas monetária e cambial do Governo;"

Adoto, nos termos do despacho exarado pelo subprocurador-geral da área de política monetária e internacional, o criterioso parecer da lavra do consultor jurídico Marcus Vinícius Saraiva Matos, cuja fundamentação homenageia o processo sistemático de interpretação do direito como ciência finalística.

2. Erijo como critério a respeito da matéria no âmbito da Procuradoria-Geral, para assegurar a inclusão de cláusulas de *set-off* nos contratos externos celebrados pelo Banco Central no desempenho do *múnus público* de gestor das reservas internacionais do País, sob a cautela recomendada no exame de cada situação concreta.

3. Ordeno que se faça a devida anotação nos pronunciamentos legais arrolados no parágrafo final do despacho *ut supra*, à vista da conclusão assentada neste parecer, com a imediata remessa dos autos à Secretaria Executiva, para efeito de conhecimento da matéria pela Diretoria do Banco Central, na forma da anexa proposta.

Francisco José de Siqueira

Procurador-Geral

Parecer PGBC-106/2009

Informações encaminhadas ao Superior Tribunal de Justiça, a título de subsídios para julgamento do Recurso Especial nº 1.046.768/RS sob o rito do art. 543-A e seguintes do Código de Processo Civil, relativo a recursos repetitivos. Análise da juridicidade da estipulação de capitalização mensal de juros em contratos bancários, disciplinada pela Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa

Procurador do Banco Central

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral do Banco Central

Parecer PGBC-106/2009
Pt. 0901444230

Brasília, 15 de abril de 2009.

OFÍCIO Nº 002711/2009-CD2S, DA ILUSTRE MINISTRA NANCY ANDRIGHI, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – COMUNICA A AFETAÇÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.046.768/RS PARA OS EFEITOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – VIABILIDADE DE MANIFESTAÇÃO ESCRITA PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL – ART. 3º, INCISO I, DA RESOLUÇÃO Nº 8, DE 7 DE AGOSTO DE 2008, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONTRATOS BANCÁRIOS – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS – ART. 5º, CAPUTE PARÁGRAFO ÚNICO, DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36, DE 23 DE AGOSTO DE 2001 – INFORMAÇÕES AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Senhor Subprocurador-Geral,

ASSUNTO

A ilustre Ministra Nancy Andrigli, do Superior Tribunal de Justiça, por meio do Ofício nº 002711/2009-CD2S, de 25 de março de 2008, encaminhado ao senhor Presidente do Banco Central do Brasil, dá conhecimento da afetação do julgamento do Recurso Especial nº 1.046.768/RS à Segunda Seção, para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, que trata do processamento de recursos especiais “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, e informou que a autarquia, se quiser, poderá, em 15 dias, manifestar-se sobre a matéria debatida no referido recurso.

2. Acompanhou o ofício cópia integral do acórdão e da decisão de afetação do julgamento à seção, proferida pelo Ministro João Otávio de Noronha, Relator do Recurso Especial, mediante a qual se esclarece que a questão de direito

sobre a qual se pretende fixar orientação, para os fins previstos no § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil, diz respeito à juridicidade da estipulação, em contratos bancários, da capitalização mensal de juros.

3. O acórdão recorrido, prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no que toca à matéria relativa à capitalização de juros, foi lavrado nos seguintes termos:

AGRAVO RETIDO E APELAÇÕES CÍVEIS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE BEM MÓVEL.

[...]

CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS.

A capitalização mensal dos juros, mesmo quando expressamente convencionada, em contratos como o presente, não é admitida, porquanto o artigo 591 do atual Código Civil permite, como regra geral, apenas a capitalização anual dos juros. Mas, em se tratando de mera permissão legal, a capitalização anual depende de pactuação nesse sentido, ausente na espécie, motivo pelo qual, in casu, vai vedada a incidência de juros sobre juros em qualquer periodicidade.

[...]

A capitalização mensal dos juros, mesmo quando expressamente convencionada, em contratos como o presente, não é admitida, porquanto o artigo 591 do atual Código Civil permite, como regra geral, apenas a capitalização anual dos juros, amoldando-se à autorização já existente aos contratos de abertura de crédito rotativo em conta corrente, sem prejuízo do disposto nos Decretos-Lei ns. 167/67 e 413/69, que admitem a capitalização semestral para os casos de débito originado em cédulas de crédito industrial, comercial e rural. Mas, em se tratando de mera permissão legal, a capitalização anual depende de pactuação expressa nesse sentido, ausente na espécie, motivo pelo qual, in casu, vai vedada a incidência de juros sobre juros em qualquer periodicidade.

Tal entendimento, a propósito, não colide com o artigo 5º da Medida Provisória nº 2.170/2001, que republicou a Medida Provisória nº 1.963, que não pode ser aplicada. É que a matéria ali versada não se reveste do caráter de relevância e urgência determinado pelo art.62 da Constituição Federal.

[...]

Ademais, a atual jurisprudência do STJ vem admitindo a capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual, com base no art. 5º da Medida

Provisória n. 2.170-36/01, **mas somente se assim tiver sido expressamente pactuado (...).**

[...]

Na espécie, entretanto, como já se disse, sequer se verifica no pacto a existência de cláusula contratual informando ao consumidor a incidência de capitalização de juros no ajuste, tampouco a sua periodicidade, se diária, mensal, semestral ou anual, em manifesta violação aos princípios da boa-fé objetiva, da transparência nas relações negociais e ao direito do consumidor de receber informações adequadas e precisas a respeito das obrigações que lhe são impostas. Consequentemente, ausente pacto expresso da capitalização dos juros, isso corrobora a proibição da prática. (trechos da ementa e do voto do acórdão objeto do Recurso Especial nº 1.046.768/RS) – destaque feito no original.

4. A questão relativa à capitalização mensal de juros merece o pronunciamento desta Autarquia, em especial pelo fato de sua estipulação ser autorizada pela Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001 – última reedição da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000 –, passa-se, sem mais delongas, à análise da matéria.

ANÁLISE

Fixação do *thema decidendum* – A jurisprudência consolidada do colendo Tribunal Superior, no sentido da inadequabilidade de se discutirem questões constitucionais em sede de recurso especial

5. Apesar das considerações feitas no acórdão recorrido acerca da inconstitucionalidade do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001,¹ é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que “o recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob

1/ O mencionado dispositivo tem o seguinte teor: “Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Parágrafo único. Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais.”

pena de caracterizar usurpação da competência do STF”. Com essas palavras, aliás, a Segunda Seção decidiu pelo não conhecimento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS, cujo julgamento, em 22 de outubro de 2008, fixou diversas orientações para serem aplicadas em sede de ação revisional de contrato bancário. Veja-se o seguinte trecho do acórdão:

3. Capitalização de Juros

O Tribunal de origem afastou a capitalização mensal de juros com base na inconstitucionalidade da MP nº 1.963-17/00. Quanto a esta questão, usualmente debatida nos recursos especiais que versam sobre a capitalização de juros, encontra-se assente nesta Corte o entendimento de que o recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de caracterizar usurpação da competência do STF.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

Impossibilidade da apreciação da constitucionalidade da MP nº 1.963-17/00 em recurso especial.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	AgRg nos EDcl no REsp 734.838/RS, j. em 18.10.2005	4ª Turma
Aldir Passarinho Junior	AgRg no REsp 900.411/DF, j. em 06.03.2007	4ª Turma
Nancy Andrighi	AgRg no REsp 999.829/RS, j. em 21.02.2008	3ª Turma
João Otávio de Noronha	AgRg no Ag 897.830/RS, j. em 20.11.2007	4ª Turma
Massami Uyeda	AgRg no Ag 668.746/RS, j. em 04.03.2007	4ª Turma
Sidnei Beneti	Ag 1.049.956/RJ, DJe de 28.08.2008	Unipessoal
Luis Felipe Salomão	-	-
Carlos Mathias	-	-

[...]

6. Aliás, a questão da constitucionalidade do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, está posta na ADI nº 2.316-1/DF, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. O Banco Central requereu, nos autos da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, a juntada de memorial (Petição PGBC-1778/2008) – cuja cópia acompanha este Parecer –, em que expõe as razões por que entende

ser perfeitamente compatível com a Carta Constitucional a norma autorizadora da capitalização de juros.

7. Tendo em vista, portanto, o entendimento jurisprudencial consolidado a respeito da inadequabilidade da via para se discutir os fundamentos de índole constitucional do acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo*, articulam-se, a seguir, argumentos que pugnam pela conformidade da estipulação de capitalização mensal de juros com a legislação infraconstitucional e que demonstram as vantagens de sua adoção, no âmbito do sistema financeiro nacional, para os consumidores de serviços bancários.

Da não revogação do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, pelo Código Civil

8. Partindo-se do pressuposto de que é constitucional a norma inscrita no art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001 – esse é, aliás, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça esposado no Recurso Especial nº 1.061.530/RS –, a sua aplicação só poderia ser recusada se não mais estivesse vigente no ordenamento jurídico.

9. Diz o art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 – a Lei de Introdução ao Código Civil –, que “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Uma vez que não há, na Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, nenhum dispositivo que limite temporalmente a sua vigência, e tendo em vista a sua estabilização no ordenamento jurídico por força da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, a sua aptidão para incidir no “mundo dos fatos” só cessaria se lhe sobreviesse lei posterior revogadora ou “até deliberação definitiva do Congresso Nacional”, nos termos do art. 2º daquela Emenda à Constituição.

10. A única lei posterior que disciplinou o assunto de maneira distinta da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, foi a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil. O Código Civil, no entanto, é diploma de normas gerais, incapaz, por conseguinte, de revogar norma especial, mesmo que anterior. Diz a Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 2º (...)

.....
§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. – destaquei.

11. A superveniência do Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, à Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, portanto, diante do que estabelece o § 2º do art. 2º no Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, não pode, à toda evidência, ensejar a revogação da norma autorizadora da capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Nesse sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. ANUALIDADE. ART. 591 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INAPLICABILIDADE. ART. 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001). LEI ESPECIAL. PREPONDERÂNCIA. REGULARIDADE DOS ENCARGOS FIXADOS PARA O PERÍODO DE ADIMPLÊNCIA.

I. Não é aplicável aos contratos de mútuo bancário a periodicidade da capitalização prevista no art. 591 do novo Código Civil, prevalecente a regra especial do art. 5º, caput, da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001), que admite a incidência mensal.

(...)

III. Agravo improvido. (AgRg no REsp 917.459/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 13/05/2008 e publicado no DJe em 02/06/2008) – destaquei.

12. Demonstrada, assim, a subsistência do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, na ordem jurídica, tem-se como inquestionável a sua aplicabilidade no âmbito das instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional.

Da inconstitucionalidade de lei ordinária frente a lei complementar

13. Embora se trate de matéria **não prequestionada**, vez que não foi aventada na fundamentação do acórdão *a quo*, calha também afastar, em homenagem ao perfil objetivo do procedimento de recurso repetitivo, a tese segundo a qual o art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, seria inválido, em razão de suposta afronta à Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”.

14. Vozes isoladas, com efeito, sustentam que os artigos 1º, parágrafo único, e 7º da Lei Complementar nº 95, de 1998, invalidam o art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001. Dispõem aqueles preceptivos que:

Art. 1º A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo.

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

I – excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;

II – a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

III – o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva;

IV – o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

15. O disposto no art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, portanto, por não guardar pertinência com o objeto do seu veículo normativo – que “dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências”

– não poderia subsistir, ante uma suposta superioridade hierárquica das leis complementares em relação às leis ordinárias e atos normativos equivalentes, como as medidas provisórias.

16. Essa tese, contudo, não merece guarida. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, e mesmo a mais recente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não admite a existência de hierarquia entre leis complementares e leis ordinárias. É que cada uma das espécies normativas se destina a regular um específico campo material, expressamente previsto pela Constituição no caso das Leis Complementares, e de caráter residual para as leis ordinárias.

17. A maior estabilidade conferida à lei complementar, em razão do *quorum* qualificado exigido para a sua aprovação, não permite que se conclua pela sua superioridade hierárquica. Como cada espécie normativa deve cuidar de matérias distintas, se por lei complementar se normatizar assunto cuja regulamentação é atribuída pela Constituição à lei ordinária, nada obsta que lei ordinária superveniente derogue a lei complementar invasora de seu âmbito de regulação.²

18. Outra razão para que não se possa falar em superioridade de lei complementar em relação a lei ordinária reside no fato de que esta não retira seu fundamento de validade daquela. O fundamento de validade das leis, complementares ou ordinárias, é a Constituição – ou norma de estatura constitucional.

19. O desrespeito às normas contidas na Lei Complementar nº 95, de 1998, destarte, não acarreta nenhum vício de legalidade. No próprio diploma legal, aliás, existe a previsão de que “eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento” (art. 18), corroborando que o único fundamento de validade das leis, sejam elas quais forem, são as normas de índole constitucional.

20. Sobre a inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, e acerca da possibilidade de se contrastar a lei ordinária unicamente com a Constituição, veja-se o seguinte precedente, do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. COFINS. SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ISENÇÃO. REVOGAÇÃO DO ARTIGO 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91 PELA LEI Nº 9.430/96.

2/ Note-se que, embora lei complementar possa regular matéria de lei ordinária – sem que, contudo, conserve a sua natureza de lei complementar –, lei ordinária não pode regular matéria de lei complementar. Haveria, nesta última hipótese, flagrante inconstitucionalidade por desrespeito ao *quorum* qualificado previsto no art. 69 da Carta Magna.

MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. TESE DOS 'CINCO MAIS CINCO'. LC Nº 118/2005. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE.

I – Quanto à matéria acerca da revogação, pela Lei n. 9.430/96 da isenção da COFINS prevista no art. 6º, inc. II, da Lei Complementar nº 70/91, às sociedades civis de prestação de serviços, restou consignado na decisão agravada, que o Supremo Tribunal Federal, em vários pronunciamentos, tem declarado, acerca do tema, que o conflito entre lei complementar e lei ordinária não é resolvido pelo princípio da hierarquia, mas sim em função da reserva de competência, concluindo que a COFINS poderia ser disciplinada por lei ordinária (RE nº 451.988-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 17.03.2006 e ADC 1, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 156/721).

II – Tal matéria mereceu enfrentamento pela Primeira Seção, no julgamento do AgRg no REsp nº 728.754/SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon. Naquela oportunidade restou definido que este Sodalício não conheceria dos recursos quando o acórdão recorrido tivesse centrado fundamentação na tese da revogação da lei complementar por lei ordinária, uma vez que se estaria usurpando a competência do STF. Precedentes: AgRg no REsp nº 668.821/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 29.06.2006 e AgRg nos EREsp nº 475519/PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 08.10.2007.

III – Nesse panorama, apresentada a questão como uma daquelas situações definidas pelo Supremo Tribunal Federal como de sua competência, tem-se como inviabilizada a apreciação da matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de usurpação da competência do Excelso Pretório. Assim sendo, neste particular, inexistente questão infraconstitucional a ser dirimida por este Colendo Superior Tribunal de Justiça.

(...)

V – A análise de suposta violação a dispositivos constitucionais é de competência exclusiva do Pretório Excelso, conforme prevê o artigo 102, inciso III, da Carta Magna, pela via do recurso extraordinário, sendo defeso a esta colenda Corte fazê-lo, ainda que para fins de prequestionamento.

VI – Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1097992/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 10/02/2009 e publicado no DJe em 26/02/2009) – destaquei.

21. Não é possível, assim, negar-se aplicabilidade ao art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, por suposta afronta aos arts. 1º, parágrafo único, e 7º da Lei Complementar nº 95, de 1998.

Da concretização do princípio da transparência das relações de consumo e do favorecimento ao tomador

22. Além das questões jurídico-formais já colocadas, cumpre esclarecer que a preservação da norma inscrita no art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, contribui sobremaneira na concretização do princípio da transparência das relações de consumo, positivado no art. 4º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – o Código de Defesa do Consumidor. Transcrevem-se, a seguir, os trechos da anexa Petição PGBC-1778/2008 (Memorial juntado aos autos da ADI 2.316-1/DF) que mais interessam ao julgamento em causa:

17. Ademais, cumpre lembrar que a medida impugnada, no que toca à transparência no cômputo de juros, traz exigências ainda mais severas que as previstas no artigo 52, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, que se refere apenas à informação do montante de juros e à taxa efetiva anual aplicada³.

18. A esses fatores, cabe acrescentar a transparência que decorre da própria uniformidade de cômputo dos juros, que agora são sempre capitalizados, tanto na captação de recursos, quanto na concessão do crédito, por prazo inferior ou superior a um ano.

19. Ademais, a capitalização de juros é capaz de gerar uma padronização na forma de cômputo e, pela viabilidade do cotejo, fomentar a competição entre as instituições financeiras. Um ambiente mais competitivo é mais apto a gerar reduções nas taxas de juros e nos spreads praticados. É o que concluiu a Consultoria da Diretoria de Política Econômica do Banco Central em estudo elaborado a pedido desta Procuradoria-Geral para subsidiar esta manifestação da Autarquia:

“11. Um terceiro aspecto a ser considerado é a redução de transparência

3/ Dispõe o mencionado dispositivo: “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: [...] II – montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;”. Ainda sobre o dever de transparência da instituição financeira na contratação, convém mencionar, por oportuno, a recente Resolução CMN 3.517, de 6 de dezembro de 2007, publicado no DOU, de 10 de dezembro de 2007, seção 1, pp. 20-1. Os atos normativos do Conselho Monetário Nacional estão disponíveis em: <<http://www.bcb.gov.br/?NORMASBC>>.

que a decisão [pela inconstitucionalidade] proporcionará, dado que cada instituição financeira poderá apresentar diferentes taxas de juros simples para diferentes prazos, sem que necessariamente seja possível padronizá-las e daí compará-las, caso as instituições se especializem em operações com prazos diversos.”⁴

23. Cumpre registrar – porque relevante para a discussão posta – que as exigências de transparência justificam também, por óbvio, a necessidade de expressa previsão em contrato da cobrança de juros sobre juros. Afinal, seria de pouca ou nenhuma eficácia falar em “planilha clara e precisa” ou de “fácil entendimento e compreensão” se não amparada em expressa cláusula contratual firmada pelas partes.

24. Além de favorecer a transparência das relações de consumo, o instrumento legal autorizador da capitalização mensal de juros traz segurança jurídica ao mercado, o que contribui para a redução dos juros cobrados aos tomadores. Veja-se o que se disse na manifestação juntada à ADI 2.316-1/DF:

(...) a Medida Provisória decorreu de estudos realizados sobre a incerteza da legalidade da capitalização de juros, o que gerava custos e aumentava as taxas praticadas no Sistema Financeiro. Era o que constava no estudo Juros e spread bancário no Brasil, publicado pelo Departamento de Estudos e Pesquisas do Banco Central (Depep/Bacen), já aqui referido, e na [anexa] Exposição de Motivos 210, de 24 de março de 2000, do Ministro da Fazenda. Um ano após a divulgação daquele estudo, novamente, a questão da capitalização dos juros foi destacada como medida que corroboraria para a redução das taxas de juros cobradas ao tomador. Nesse novo estudo, o Depep/Bacen, entre as várias ações adotadas pelo Governo com a finalidade de reduzir os juros, destaca o seguinte:

“Também visando trazer maior tranquilidade ao mercado financeiro, diminuindo o risco jurídico das operações de crédito, foi promovido o esclarecimento legal quanto ao anatocismo (juros sobre juros) no SFN (art. 5º da MP 1963/17, de 30.03.2000, publicado no Diário Oficial de 31.03.2000). Desde a aprovação da Lei 4.595, de 31.12.1964, a regulamentação das disposições sobre juros no SFN é competência do

4/ Trecho da Nota Técnica Dipep 1141.1, de 18 de dezembro de 2007, elaborada pela Consultora Katherine Hennings e aprovada pelo Diretor de Política Monetária, senhor Mario Magalhães Carvalho Mesquita. Cópia anexa.

Conselho Monetário Nacional (CMN) e do BC, que adotam como base o cálculo de juros compostos, tanto nas captações quanto nas aplicações do SFN, a exemplo do que é usual em todo o mundo”.⁵

40. Em outro estudo, novamente o Depep/Bacen destacou a alteração legislativa como medida necessária ao projeto governamental de redução dos juros praticados no sistema financeiro. Enfatizou, ainda, a importância de sua conversão em lei:

“Entre as primeiras medidas adotadas para tentar minimizar os problemas associados à ineficiência e demora nas execuções de empréstimos, estava a criação das Cédulas de Crédito Bancário, o esclarecimento quanto à legalidade da cobrança de juros compostos (anatocismo) no sistema financeiro, a certificação de assinatura digital em contratos eletrônicos, a extensão da alienação fiduciária para bens fungíveis, assim como a compensação de pagamentos (netting). Todas estas medidas foram aprovadas mediante a utilização de Medidas Provisórias que não foram transformadas em lei. Para sua maior efetividade, conforme já destacados neste estudo, seria importante a sua transformação em lei”.⁶

41. Como se vê, os estudos do Banco Central — que estão disponíveis no sítio eletrônico da Autarquia na rede mundial de computadores — asseguram que a capitalização de juros não é nociva ao tomador. Antes, a medida legislativa impugnada, justamente porque reduz as incertezas jurídicas que pairavam sobre a capitalização de juros, importa em redução de custos e em benefício ao tomador.

42. Acrescente-se, ainda, que a capitalização de juros desestimula as instituições financeiras a renegociarem os contratos com periodicidade mensal, situação em que, ao final do mês, o valor emprestado, acrescidos dos juros correspondentes, deve ser quitado. Tal situação enseja o chamado ‘anatocismo indireto’, bem mais oneroso para o devedor, que seria obrigado a captar recursos em outra instituição financeira para adimplir a primeira operação. Desse modo, sob o ponto de vista econômico, a capitalização de juros, tal como prevista pela medida provisória impugnada, apresenta-se muito mais benéfica ao tomador, atendendo assim aos interesses da coletividade (cf. itens 8 e 9 da Exposição de Motivos 210/MF, de 24 de março de 2000). Eis a razão pela qual a medida provisória deve ser mantida.

5/ BANCO CENTRAL DO BRASIL, Departamento de Estudos e Pesquisas. **Juros e spread bancário no Brasil**: avaliação de 1 ano do projeto, novembro de 2000, p. 35. Este estudo está disponível no sítio do Banco Central na rede mundial de computadores: <<http://www.bcb.gov.br/?SPREAD>>. Acesso em: 8.10.2007.

6/ BANCO CENTRAL DO BRASIL, Departamento de Estudos e Pesquisas. **Economia bancária e crédito**: avaliação de 4 anos do projeto juros e *spread* bancário no Brasil, dezembro de 2003, p. 28. Este estudo está disponível no sítio do Banco Central na rede mundial de computadores: <<http://www.bcb.gov.br/?SPREAD>>. Acesso em: 8.10.2007.

43. Há mais ainda. A pedido da Procuradoria-Geral do Banco Central, a Diretoria de Política Econômica elaborou estudo – já mencionado nesta manifestação – que comprova, com sobra de razão, que a impossibilidade de se computar juros capitalizados estimula os contratos de curto prazo, de efeitos notoriamente desfavoráveis à economia nacional porque prejudiciais à ampliação do crédito. Ou seja, gera, notoriamente, prejuízo ao interesse público (Cf. itens 14 a 16 da Nota Técnica Dipec 1141.1, anexa).

44. Caso seja declarada inconstitucional a medida provisória que permite a capitalização, as instituições financeiras não se limitarão a conceder crédito com as mesmas taxas atualmente praticadas. Certamente, irão praticar taxas nominais equivalentes à taxa capitalizada. Assim, se notará um desestímulo ao alongamento de prazos, pois, como mostra a referida nota técnica, sem a capitalização, quanto maior o prazo, maior a taxa de juros nominais equivalente, a qual se apura de forma crescente. O tomador logo se sentirá desestimulado a operar com prazos mais longos, na suposição, equivocada, de que os juros são maiores e, assim, deixará de contratar em melhores condições.

25. Está demonstrada, de mais a mais, a congruência do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, com os princípios e objetivos da legislação protetiva do consumidor.

CONCLUSÃO

26. À luz de todo o exposto, pode-se concluir que:

- a) por ser defeso ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, fazer o contraste de lei federal em face da Constituição, o julgamento sobre a capitalização mensal de juros deve se ater à questão da vigência do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001;
- b) embora o Código Civil tenha sido instituído por lei posterior à Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, não há que se falar em derrogação da Medida Provisória, tendo em vista o critério positivado na Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual

“a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”;

- c) a questão da invalidade da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, em face da Lei Complementar nº 95, de 1998, não pode ser examinada, por falta de prequestionamento;
- d) ainda que fosse analisada a questão retomada, seria forçosa a conclusão pela inconstitucionalidade da Medida Provisória frente à Lei Complementar, por inexistir hierarquia entre ambas;
- e) não só pelos aspectos jurídico-formais mencionados, mas também pela compatibilidade material do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, com os princípios e objetivos positivados no Código de Defesa do Consumidor, deve ser rejeitada qualquer interpretação da lei que afaste a aplicação daquele dispositivo.

É o parecer, que se submete à consideração de Vossa Senhoria.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa

Procurador

Acolho o parecer, por sua lúcida fundamentação, com destaque para a transparência e segurança jurídica ao mercado veiculados pela medida Provisória 2.170-36, de 2001.

2. Expedido o Ofício PGBC-3646/2009, que subscrevo, transitem os autos pelo Gabinete da Presidência para conhecimento da providência adotada.

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral

Petição PGBC-3440/2009

Memorial apresentado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165-0/DF, em que o Banco Central ingressou na qualidade de *amicus curiae*, sustentando a constitucionalidade das normas concernentes aos planos de estabilização monetária denominados Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II.

Francisco José de Siqueira

Procurador-Geral do Banco Central

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral do Banco Central

Flávio José Roman

Coordenador-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

Procurador do Banco Central

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Procurador-Chefe no Estado da Bahia

Petição PGBC-3440/2009

Proc. 0901442606

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI,
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RELATOR DA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 165-0/DF:

“Sem moeda sã, não há moral no país... E a instituição que respeita, que defende a moeda, chama-se Banco Central” – Dênio Nogueira, Presidente do Banco Central (1965-1967). Frase afixada no pórtico do auditório que leva seu nome no edifício-sede da autarquia;

“É preciso combater a inflação sem dó nem piedade. Esse é o motivo por que não tenho feito outra coisa na vida senão falar em combater a inflação. Parece uma ideia fixa, mas não é. É uma ideia a favor do progresso do país” – Octávio Gouvêa de Bulhões, Diretor da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito (1954-1955 e 1961-1962), Ministro da Fazenda (1954 e 1964-1967). Frase afixada no pórtico do auditório que leva seu nome no edifício-sede do Banco Central.

BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia federal sediada no endereço indicado ao rodapé, por seu Procurador-Geral (art. 17, I, da Lei Complementar nº 73, de 1993, c/c art. 4º, I, da Lei nº 9.650, de 1998), vem à presença de Vossa Excelência, respeitosamente, com esteio no que dispõe o art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.882, de 1999, requerer seu ingresso no feito, na qualidade de *AMICUS CURIAE*, pedindo a juntada do presente

MEMORIAL

com o fim de explicitar razões de fato e de direito que evidenciam a plena constitucionalidade de normas concernentes a planos de estabilização monetária, mais conhecidos pelas denominações, consagradas pelo uso, **Cruzado**, **Bresser**, **Verão**, **Collor I** e **Collor II**, por meio dos quais sucessivos governos, no exercício de competências conferidas pela Constituição Federal para a

disciplina do sistema monetário-financeiro, enfrentaram, sob as pressões de tormentoso contexto histórico, a famigerada crise inflacionária que durante anos comprometeu severamente a possibilidade de efetivação de uma série de promessas constitucionais, notadamente aquelas entronizadas como objetivos fundamentais da República.

2. Não se conhecem questionamentos sérios às normas legais conformadoras de tais planos no que respeita à sua finalidade em si: o combate à inflação elevada e crônica que grassava ao tempo de sua edição. Não se pode negar, ademais, o fato de que, de todo modo, evitaram o desastre da hiperinflação propriamente dita, restando drasticamente, ao menos nos primeiros meses seguintes a cada plano, progressões inflacionárias que se aproximavam perigosamente desse abismo socioeconômico.

3. Contudo, a despeito da concordância geral acerca da premente necessidade de se conter o mal inflacionário à época, nunca houve consenso, senão o contrário, em relação ao modo como se procurou alcançar tal desiderato público. Mais precisamente, em relação ao modo como as referidas normas, ao promoverem alterações globais no sistema monetário-financeiro, por imperativos de ordem pública, incidiram sobre as expectativas e a percepção de agentes econômicos em particular.

4. O tipo de controvérsia que então se instalou, como se sabe, abarrotou o Judiciário com inédito volume de ações envolvendo os planos econômicos mencionados, comprometendo toda a máquina jurisdicional até os dias correntes, mesmo após o transcurso de tantos anos desde a edição daquelas medidas de política monetária, ainda no século passado,¹ inclusive com novas ondas de ajuizamento às vésperas do aniversário de vinte anos de cada plano.

5. E, uma vez que essa massa de litígios ainda pende de tratamento uniforme em diversas instâncias do Judiciário, acaba por se instalar lamentável clima de incerteza e insegurança em relação ao significado jurídico de cláusulas constitucionais como as do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, invariavelmente discutidas nas demandas em foco. Isso, por óbvio, estimula a multiplicação de novos processos, cujas decisões antagônicas, embora fundadas

1/ São emblemáticas, nesse sentido, declarações como as proferidas pela Ministra Ellen Gracie, em entrevista coletiva concedida em 28/4/2006, logo após sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal. Alguns de seus trechos se encontram transcritos no parágrafo 139 das razões anexas.

na invocação dos mesmos preceitos constitucionais para casos em tudo e por tudo similares, longe de promover a pacificação social, levam à propositura de mais ações, no que se conforma desgastante ciclo vicioso eternizado pela indefinição.

6. Diante desse contexto, é valiosa a oportunidade que se abre para o Judiciário em virtude de uma arguição como esta que ora se põe sob o crivo da Corte Suprema. Afinal, à míngua de solução adequada e uniforme, a sociedade tem-se batido, até hoje, com os muitos efeitos nocivos, ainda por se debelar, da indústria de ações repetitivas que se formou no rastro da ausência de um ponto final mais contundente para a controvérsia constitucional em torno do significado do direito adquirido e do ato jurídico perfeito em face de normas editadas com vistas à implementação de planos como Cruzado, Bresser, Verão, Collor e, mais recentemente, o Real,² concebidos para romper processos inflacionários inerciais preexistentes ao seu advento, reestruturando globalmente o sistema econômico, com efeitos imediatos sobre contratos em curso nele inseridos.

7. Presente, pois, a oportunidade de debelar esses efeitos nocivos, que vão do comprometimento da máquina jurisdicional ao da segurança jurídica em relação ao significado de garantias e de competências políticas fundamentais – essas ligadas ao controle da inflação –, passando pela incerteza quanto ao impacto do desfecho de milhares e milhares de ações condenatórias sobre o Sistema Financeiro Nacional, em especial no que concerne à oferta de crédito, impõe-se reconhecer a repercussão da causa sobre interesses públicos confiados ao Banco Central.

8. Assim, tendo em vista que o controle da inflação e a higidez do sistema financeiro consubstanciam temas essencialmente afeitos aos labores desta autarquia, fato que por si só já reclamaria sua presença na ação para trazer contributos ao deslinde da causa, e considerando o manifesto interesse jurídico da autoridade monetária em demonstrar a constitucionalidade das normas que implementaram os planos econômicos mencionados, o Banco

2/ A propósito desse último Plano, tramita no Supremo Tribunal Federal, abordando também a questão da inexistência de direito adquirido a regime monetário, a ADPF nº 77-7/DF, de relatoria do Ministro Menezes Direito, na qual o Banco Central figura como *amicus curiae*. As informações prestadas pela autarquia nesse processo podem ser conferidas, na íntegra, na *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central – Cejur, dez. 2007, ano 1, vol. 1, p. 333-351. Disponível no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil: <http://www.bcb.gov.br/PGBCB/revista_pgbc_vol1_n1_dez2007.pdf>. Acesso em: 31/3/2009.

Central requer o seu ingresso no feito como *amicus curiae*, apresentando as razões que seguem anexas.

Nesses termos, pede juntada e deferimento.

Brasília, 6 de abril de 2009.

Francisco José de Siqueira

Procurador-Geral

RAZÕES DO *AMICUS CURIAE* BANCO CENTRAL

“[...] e se chama dinheiro (*nômisma*) porque existe, não por natureza, mas por lei (*nomos*) [...]” – Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, Livro V, [1133 a], [30].

I – CONTROVÉRSIA

A Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) ajuizou a presente Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental colimando dirimir relevante controvérsia constitucional acerca da aplicabilidade de normas por meio das quais foram instituídos e regulados, no exercício de competências conferidas pela Constituição Federal para a disciplina do sistema monetário-financeiro, planos governamentais de estabilização monetária que, de 1986 a 1991, alteraram padrões monetários e estabeleceram correlatas medidas de transição. No contexto desta demanda de conteúdo objetivo, a referida entidade tenciona elucidar se, tal como fazem crer variadas decisões judiciais prolatadas em diversas Cortes do País, a incidência imediata das medidas de transição contempladas naquelas normas, conforme o nelas previsto, teria ofendido, ou não, o Texto Maior, notadamente no que toca à garantia de inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

2. A Consif defende a constitucionalidade das normas em questão com base em paradigmas jurisprudenciais há muito consolidados pelo excelso Supremo Tribunal Federal, paradigmas esses à luz dos quais se revela o descumprimento de preceitos fundamentais ocasionado pelo proferimento de decisões judiciais que negam aplicação a normas de regência dos planos mencionados.

3. Tais parâmetros jurisprudenciais, destaca a arguente, assentariam: (1) a impossibilidade de invocação de direito adquirido contra normas que alteram padrão monetário ou índice de correção monetária; (2) a aplicabilidade imediata das normas que alteram o padrão monetário e que estabelecem critérios para conversão de valores expressos no padrão progressivo, sem que se lhes possa objetar limitações atinentes à inviolabilidade do ato jurídico perfeito;

e (3) a imprescindibilidade de que regras que determinem alteração do padrão monetário com vistas ao combate à inflação estabeleçam, necessariamente, critérios deflatores para conversão de valores expressos no padrão pretérito, sob pena de comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, aí sim, de ofensa à segurança jurídica e à correlata cláusula de inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

II – OS PLANOS

4. A compreensão do significado jurídico das normas cuja constitucionalidade se pretende ver reconhecida por meio da presente arguição pressupõe referências ao fenômeno inflacionário e à estratégia dos choques heterodoxos, adotada pelos sucessivos planos citados com vistas a interromper progressões inflacionárias inerciais retroalimentadas pela indexação das obrigações. À luz de tais referências, adiante articuladas, aflora, clara e inequívoca, a constatação de que, após a brusca desaceleração inflacionária advinda de planos como os ora em foco, um suposto “direito adquirido” à correção monetária por determinado índice preconcebido no momento da constituição da correspondente obrigação, em meio ao processo inflacionário inercial anterior ao plano, acabaria por subverter o papel da correção monetária de mero repositivo do poder de compra da moeda, para transformá-la, de modo não esperado, em verdadeiro fator de enriquecimento sem causa do pólo credor da relação obrigacional. Um tal “direito adquirido”, ademais, desfiguraria a proporcionalidade entre a posição dos agentes econômicos envolvidos nessa relação e a dos demais membros da sociedade, no que concerne à partilha dos ônus e bônus da estabilização do ambiente macroeconômico pelo plano. Eis o que se pretende, em síntese, demonstrar de forma mais analítica na sequência.

5. Nessa linha, passa-se a breve abordagem das noções de moeda, inflação e índices de inflação, da conexão entre indexação da economia e inércia inflacionária e das estratégias de combate à inflação adotadas pelos sucessivos planos, assentando-se, assim, as premissas fáticas da análise jurídica adiante articulada.

II.1 – PREMISSAS FÁTICAS

II.1.1 Moeda

6. Tradicionalmente, a literatura econômica define moeda por suas funções, a saber: (1) meio de troca e pagamento, (2) reserva de valor e (3) unidade de conta ou padrão de valor. Nesse sentido, é bastante elucidativa a lição de Fábio Nusdeo:

A definição de moeda confunde-se, pois, com a sua principal função: moeda é um **instrumento de troca**. Para que ela, porém, sirva como tal, deve não apenas conservar a si própria fisicamente, como também deve **conservar em si o valor**, quer dizer, incorporar permanentemente o valor original pelo qual foi aceita. [...].

[...]

Uma terceira função, conatural ao próprio conceito de moeda, é a de ela atuar como **padrão do valor**. O seu emprego faz com que, automaticamente, o valor se quantifique, atinja o máximo de objetividade e se imponha nítida e insofismavelmente à sociedade. A moeda traduz ou mensura o valor de troca, analogamente ao que fazem o metro com o comprimento, o grau com calor ou o bare com a pressão.³

7. Em virtude do desempenho das três funções referidas, é fora de dúvida a invulgar importância da moeda para a vida em sociedade. Pode-se afirmar, com segurança, que a própria divisão social do trabalho, nos níveis experimentados pela humanidade desde a Idade Antiga, seria impensável sem a moeda. A moeda, segundo Aristóteles, teria papel central até mesmo no que se refere à possibilidade de aferição e, portanto, de realização da justiça, como se extrai do seguinte trecho do Livro V de sua *Ética a Nicômaco* ([1133 a], [15], a [1133 b], [30]):

De fato, não são dois médicos que se associam para troca de serviços, mas um médico e um agricultor, e, de um modo geral, pessoas diferentes e desiguais; no entanto, essas pessoas devem ser igualadas. Eis a razão pela qual todas as coisas que são objetos de troca devem ser comparáveis de algum modo, e para essa finalidade foi instituído o **dinheiro**, o qual, em

3/ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49-50, sem grifos no original.

certo sentido, se torna um meio-termo, visto que **mede todas as coisas** e, por consequência, também o excesso e a falta (por exemplo, quantos pares de sapatos são iguais a uma casa ou a uma determinada quantidade de alimento).

Deve haver entre o número de sapatos trocados por uma casa (ou por uma determinada quantidade de alimento) a mesma proporção que há entre o valor do trabalho do arquiteto e o do sapateiro, **pois, se assim não for, não haverá troca nem intercâmbio**. E essa proporção não estará assegurada, a menos que os bens sejam iguais de algum modo. **Todos os bens devem, portanto, ser medidos por um só e único padrão**, como dissemos acima. [...]

Dessa forma, agindo o **dinheiro como uma medida**, ele torna os bens **comensuráveis** e os equipara entre si; e **não haveria associação se não houvesse troca, nem troca se não houvesse igualdade, nem igualdade se não houvesse comensurabilidade**.

[...]

Assim, definimos o justo e o injusto." (sem grifos no original).

8. Nessa mesma linha, a doutrina contemporânea ressalta as conexões entre a desagregação de funções da moeda e a disseminação da corrupção moral na sociedade,⁴ ideia que encontra síntese lapidar na frase de Dênio Nogueira registrada à epígrafe da petição de ingresso do Banco Central: "Sem moeda sã, não há moral no país...".

9. A onipresença da moeda na vida social é de tal modo intensa que, como se verá adiante, até mesmo a efetividade da própria Constituição pressupõe, em grande medida, sua higidez. Afinal, não há como negar os impactos da corrosão da moeda sobre os parcos rendimentos da população mais carente e desprovida de acesso a mecanismos financeiros de manutenção do poder aquisitivo de sua renda. Com efeito, a Constituição Federal, ao contemplar normas programáticas voltadas para o desenvolvimento nacional equilibrado, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a defesa do pleno emprego, entre outras, consagra, como preceitos jurídicos maiores, promessas cuja efetiva concretização depende de algo mais que boas intenções,

4/ Cf., a propósito, as considerações sobre os efeitos da inflação na sociedade, articuladas em trecho adiante transcrito de NUSDEO, op. cit., p. 309-310, mais precisamente no parágrafo 22 do presente memorial.

algo mais que a pura deontologia do texto constitucional em si, algo, enfim, indissociável de condições minimamente adequadas de funcionalidade da moeda.

II.1.2 Inflação e seus efeitos deletérios

10. Pontuada essa especial relevância da moeda, percebe-se que a capacidade de gerir tal instrumento crucial para a vida em sociedade constitui inequívoca manifestação da soberania estatal.⁵ O texto constitucional brasileiro é expresso ao estabelecer a competência da União, exercida exclusivamente pelo Banco Central, no particular, para a emissão da moeda (art. 21, VII, *c/c* art. 164, *caput*, da Constituição Federal). É expresso, também, ao conferir à União competência privativa para legislar sobre a temática a ela correlata (arts. 22, VI e VII, e 48, XIII e XIV, da Constituição Federal).

11. Decorre dessas competências a obrigação do Estado brasileiro de defender a moeda nacional, é dizer, de preservar suas funções fundamentais: meio de troca e pagamento, unidade de conta e reserva de valor. Consubstancia-se, aí, indubitosa diretriz constitucional no sentido de que se dê firme combate a crises inflacionárias.

12. A inflação, afinal, constitui fenômeno, caracterizado pelo aumento no nível geral de preços,⁶ que atinge, de plano, a funcionalidade da moeda como reserva de valor, podendo vir a comprometer seu papel como unidade de conta, a depender do modo como evolua, e, no limite (hiperinflação), todas as suas funções, retirando da moeda até mesmo sua utilidade na intermediação de trocas.

5/ Veja-se, por exemplo, que mesmo um texto constitucional conciso como o norte-americano, concebido, ainda por cima, sob a égide de um ideal federalista altamente deferente para com a autonomia dos Estados-membros, não deixou de impor disciplina uniforme, a cargo do Congresso dos Estados Unidos, à temática do sistema monetário-financeiro, radicada, ao lado de temas como declaração de guerra, criação de tribunais e manutenção das forças-armadas, logo na oitava e na décima seções do primeiro artigo da longa Carta de 1787, dedicado a aspectos nucleares da soberania nacional. Eis alguns dos termos desse vetusto diploma constitucional: "Article. I. [...] Section. 8. *The Congress shall have Power [...] To borrow Money on the credit of the United States; [...] To establish [...] uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States; To coin Money, regulate the Value thereof, and of foreign Coin, and fix the Standard of Weights and Measures; To provide for the Punishment of counterfeiting the Securities and current Coin of the United States; [...]. Section. 10. No State shall [...] coin Money; emit Bills of Credit; [...]."*

6/ Em termos jurídicos, Letácio Jansen define inflação do seguinte modo: "A inflação, do ponto de vista jurídico, é a perda, ao longo do tempo, da eficácia da moeda nacional e das normas monetárias individuais (que nela fundamentam a sua validade); perda essa que acarreta, na prática, frustração e prejuízo para os credores, quando vêem desvanecerem as suas legítimas previsões de receber, ao final, as quantias a eles devidas com poder aquisitivo similar ao que ostentavam no momento em que foram constituídas as obrigações, especialmente as de longo prazo." (JANSEN, Letácio. "O que fazer com a indexação brasileira?". In: *Introdução à economia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 99).

13. O Brasil enfrentou grave crise inflacionária cujo marco inicial data de meados da década de 1970, quando a “milagreira” política econômica forjada, em tempos de regime de exceção, sob a égide de superadas associações entre crescimento econômico, autoritarismo⁷ e permissividade para com o processo inflacionário,⁸ começou a mostrar sua face socialmente mais cruenta em termos de geração de inflação e conseqüente aumento das desigualdades.

14. A crise brasileira, então inaugurada, somente viria a ser debelada após a edição do Plano Real, em 1994, tendo-se mostrado bastante peculiar, por sua longevidade.

15. Crises inflacionárias não costumam ter vida longa. A brasileira, contudo, durou décadas, vulgarizando o fenômeno inflacionário. Por tal razão, desenvolveram-se, no País, mecanismos imediatistas de convivência com a inflação ou de defesa contra seus efeitos mais visíveis. Promoveu-se intensa indexação da economia, prática consistente na correção da expressão nominal dos preços do presente, com base na inflação passada já apurada, mediante a aplicação de índices de inflação. Ao se generalizar esse tipo de procedimento, entretanto, deixou-se de considerar seus lamentáveis efeitos colaterais.

16. O grande problema da indexação é que ela acaba reproduzindo a inflação pretérita no momento presente, dotando-a da terrível capacidade de se auto-alimentar; pior, disseminando verdadeira **cultura inflacionária**.⁹

17. Atualizações monetárias constantes e generalizadas, baseadas em inflação passada, induzem a expectativa inflacionária dos agentes econômicos, fazendo-a crescer de modo invariavelmente exponencial. Os agentes (vendedores, fornecedores, fisco, assalariados, consumidores, investidores etc.) se antecipam, recíproca e defensivamente, a atualizações que sabem inevitáveis. Essa constante antecipação defensiva, induzida pela indexação, faz de cada ocasional aumento passado o mínimo que se espera para o futuro, gerando, com o tempo, a conhecida “bola-de-neve” que caracteriza determinados processos

7/ Cf., a propósito, FARIA, José Eduardo. Direito e economia na redemocratização brasileira. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 23-24, nota 15.

8/ “Já vai longe o tempo em que a inflação era apresentada como um tributo a pagar ao crescimento da economia, um resgate a pagar ao emprego.” (LOISEL, Frédéric. *Le délit d’Inflation*. Paris: Hatier, 1993, p. 71, *apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 397, nota 95).

9/ “Esse foi o grande mal que se fez ao Brasil com a adoção da correção monetária institucionalizada. Criou-se uma mentalidade de que onde há inflação não se pode sobreviver sem correção monetária...” (Min. Moreira Alves, voto condutor do julgamento da ADI nº 493, RT 690/187).

inflacionários, responsáveis por aguda desestabilização da sociedade e pela intensificação da desigualdade e da exclusão, notadamente em desfavor da classe não bancarizada. Quando isso ocorre, diz-se que a inflação adquiriu um **componente inercial**.

18. Iniciado processo de inflação inercial, caso não venha ele a ser estancado, pode-se chegar a uma hiperinflação propriamente dita, catástrofe socioeconômica em meio à qual se perdem todas as três funções da moeda. Tem-se, então, a aberrante situação de um país sem moeda!

19. Como é consabido, o Brasil esteve muito próximo da hiperinflação e de seus efeitos desastrosos em diferentes momentos da segunda metade da década de 1980 e no início da de 1990. No auge do processo de aceleração de preços, em março de 1990, às vésperas da edição do denominado Plano Collor, a inflação mensal, medida pelo INPC, alcançou 82,18%, o equivalente a uma inflação anualizada de mais de 133.000%.

20. Os planos econômicos adotados sequencialmente no período de 1986 a 1991 objetivaram realinhar preços e coordenar expectativas inflacionárias como forma de combater o comportamento inercial da remarcação de valores. Nesse sentido, a imediata intervenção estatal era mais do que socialmente desejável, era absolutamente necessária.

21. Note-se que, embora seja comum ressaltar o propalado insucesso dos planos econômicos desse período na promoção de uma plena e definitiva estabilidade de preços, é forçoso admitir que obtiveram êxito ao menos em interromper, ainda que temporariamente, o processo de aceleração inflacionária que conduzia o País ao abismo hiperinflacionário. Não se pode deixar de reconhecer, pois, que o Estado observou seus deveres constitucionais, na ocasião, com vistas a preservar o bem-estar da Nação, a ordem econômica e social e, também, como se verá adiante, os interesses legítimos dos agentes econômicos em particular. É difícil, se não impossível, quantificar com precisão a perda econômica e de bem-estar social que poderia ter decorrido da omissão estatal em tal contexto. A história econômica, contudo, não permite subestimar o poder destrutivo da ameaça hiperinflacionária.

22. E, embora não se tenha chegado, por pouco, à hiperinflação propriamente dita (graças à intervenção estatal, como visto), o processo inflacionário inercial, por si, já implicava seriíssimos efeitos deletérios. Fábio Nusdeo, em passagem

memorável de sua obra já citada, passa em revista os principais efeitos negativos da inflação. Conquanto relativamente extenso, o trecho merece transcrição, por sua precisão e clareza ímpares:

Na distribuição – A inflação constitui a mais perniciosa doença da economia. Sua ação deletéria faz-se sentir em todos os setores, sendo porém mais grave quanto ao aspecto distributivo. Ela já foi chamada de um Robin Hood às avessas, porque tira dos pobres para dar aos ricos. Isto pelo simples fato de estes últimos poderem não apenas se defender de seus efeitos mas antecipá-los, beneficiando-se com a inexorável escalada dos preços, via estocagem e investimentos em setores especulativos, onde o risco é mínimo pela certeza de que a alta os atingirá mais cedo do que os demais. Basta lembrar que enquanto os preços sobem continuamente, dia a dia, os reajustes contratuais de salários, aluguéis, pensões etc. sobem a intervalos, por degraus. Daí a erosão desses rendimentos em proveito de alguém. Por outro lado, com o progredir do fenômeno, os próprios mecanismos de defesa contra ele, como a indexação gradual de todos os preços, acabam por realimentá-lo, pois muitos daqueles preços que por razões diversas deveriam cair são puxados para cima com a aplicação até diária de índices, como ocorria no Brasil.

[...]

Na produção – Em termos produtivos, as consequências não são menos funestas, pois uma boa parte da energia criativa dos empresários é gasta em mecanismos de defesa contra a inflação, deixando de lado aspectos substantivos como o aumento da produtividade e da qualidade. Afora este aspecto, boa parte dos investimentos que seriam aplicados em investimentos produtivos são desviados para a especulação.

No consumo – O consumidor é também pressionado pela perspectiva da constante alta, sendo levado a comprar hoje aquilo que poderia deixar para o mês ou o ano seguinte, pelo simples medo de não o poder fazer depois. Com isso, ele, consumidor, perde o seu senso crítico quanto aos produtos e aos preços e sobrecarrega artificialmente a procura, aumentando a pressão inflacionária.

Na sociedade – Mas o pior mal, em grande parte oculto ou despercebido, atinge, qual enorme custo externo, o próprio tecido social da comunidade, encarnizando a luta pela vida, que se torna mais árdua, mais selvagem e de resultados às vezes fatais para os perdedores, aliás em maior número. O aspecto **jogo**, inerente à vida econômica, agiganta-se com a inflação, fazendo crescer a desonestidade, o oportunismo e o golpismo.

As consequências chegam ao nível médico, com o surgimento de doenças típicas de processos inflacionários agudos, decorrentes da insegurança e da ansiedade, promotoras do *stress* e, daí, aos mais diversos estados mórbidos.¹⁰

23. O mero relance vertido no presente tópico sobre esses efeitos do mal inflacionário, bem como sobre suas causas e sobre o sentido da política de Estado materializada em planos como os editados entre 1986 e 1991, já impõe reconhecer que os verdadeiros fatores de perecimento de direitos dos agentes econômicos foram o mal inflacionário e a indexação que o engendrou – e não os planos manejados para remediar a doença. Aqueles agentes, contudo, entorpecidos pela sedutora ilusão monetária proporcionada pela indexação, e empenhados, sob o prisma de suas perspectivas individuais, na defesa de seus interesses particulares imediatos, nem sempre dispensaram ao mal inflacionário em si, e muito menos às práticas de indexação, a mesma irresignação que comumente reservaram aos referidos planos e ao impacto de seu necessário choque heterodoxo sobre cláusulas de indexação estabelecidas para seus créditos. Pelo contrário, sempre foi mais comum que se vociferasse especialmente contra os planos, causadores de desconforto imediato bastante análogo ao de uma síndrome de abstinência para o dependente químico, muito mais sensível à abrupta suspensão da droga (choque deflator promovido pelos planos) do que ao seu verdadeiro problema: os devastadores efeitos do consumo da substância (indexação inflacionária) ao longo do período precedente a uma internação para tratamento (plano econômico).

24. Assentadas, destarte, as noções de inflação, inércia inflacionária e hiperinflação, vislumbradas causas e efeitos e renunciadas certas conclusões a respeito, impende deter-se um pouco mais, nos próximos tópicos, antes que se dê sequência à linha de ideias posta em marcha, na abordagem daqueles instrumentos por meio dos quais, precariamente, se procura estimar a perda do poder aquisitivo da moeda: os denominados índices de inflação.

10/ NUSDEO, op. cit., p. 309-310, com grifos do original. Ainda sobre os efeitos deletérios da inflação, cf. FABRI, Andréa Queiroz. *Responsabilidade do Estado: planos econômicos e iniciativa privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 20-21.

II.1.3 Índices de inflação

25. O fenômeno inflacionário não é simplório como por vezes fantasiado pelo senso comum. Não existe uma inflação, universal e uniforme, para todos os agentes econômicos. Não existe, bem por isso, a quimérica inflação dita “real”, pressurosamente invocada, como sói acontecer, por quem deseja substituir um índice legal por outros índices, oportuna e convenientemente alegados em favor de seus interesses, a pretexto de assegurar direito adquirido, ato jurídico perfeito, ou mesmo imperativos de alguma ótica bastante particular de justiça.

26. Índices de inflação são, na verdade, simplificações. Reportam-se ao fenômeno extremamente complexo e de difícil mensuração caracterizado pelo aumento no nível geral de preços, induzido pelas mais diversas causas. A própria acepção dicionarizada do termo “índice” o confirma: “Rubrica: economia. / qualquer fenômeno (ou grupo de fenômenos) suscetível de observação e medição, que se usa para indicar a presença de outro fenômeno que **não pode ser medido de forma direta ou conveniente**”¹¹

27. Esse é justamente o caso. Não é possível medir a inflação de forma direta, precisa e plenamente conveniente. Afinal, sua medição pressupõe que sejam aferidos, em dois instantes diversos, preços de determinados produtos cujo conjunto expresse, de modo mais ou menos abrangente, conforme as escolhas, preconceitos e possibilidades do agente medidor, os hábitos de consumo da sociedade ou de parte dela, havendo em tal empreitada, por óbvio, uma série de problemas metodológicos, operacionais e de concepção.

28. Fácil ver, assim, que há, em verdade, uma inflação própria para cada cesta de consumo de cada tipo de agente econômico. Para ser rigoroso, haveria mesmo uma inflação diversa para cada agente econômico, em cada fase de sua interação com o sistema. Não é por outra razão que existe enorme multiplicidade de índices inflacionários, inclusive setoriais, com vistas a minimizar – sem, contudo, eliminar, por inviável – a heterogeneidade inflacionária descrita.

29. E, além dos óbices já apontados à possibilidade de mensuração do que se poderia cogitar como uma “inflação real”, sabe-se que existe uma defasagem temporal entre a data de coleta das informações (preços dos produtos da cesta arbitrada), a da apuração da ocorrência da variação de preços (tratamento

11/ HOUAISS, Antônio. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Versão 1.0 – março de 2004. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, verbete “índice”, acepção 13, sem grifos no original.

estatístico e consolidação dos dados coletados) e a da divulgação e aplicação do resultado apurado, **não existindo, pois, índice de correção monetária em “tempo real”**. Afinal, é preciso colher os dados durante um período, realizar os cálculos em outro e, finalmente, divulgar e aplicar a correção monetária em um terceiro momento histórico. Há, portanto, um descasamento temporal entre a apuração e a aplicação de um índice de inflação.^{12 13}

30. Como se vê, pois, é inviável uma mensuração perfeita do fenômeno inflacionário, uma visão direta de sua realidade. Sua percepção, mediada pelas precárias lentes em que se constituem os índices, é como a visão do firmamento. Tal como as estrelas, que se deixam enxergar apenas por um recorte de seu infinito e instável conjunto, e como mero reflexo da trajetória de seu corpo celeste, que, na realidade, já passou – e pode nem mais existir –, o fenômeno inflacionário, percebido por aquelas lentes, revela-se tão-somente como um recorte algo arbitrário da realidade econômica, e como mero reflexo de sua influência passada.

31. É precisamente por força dessas inconsistências da indexação inflacionária que o Direito, como salientado pelo Ministro Demócrito Reinaldo, do egrégio Superior Tribunal de Justiça, no magistral voto condutor que proferiu no julgamento do Recurso Especial nº 124.864/PR, consagra o princípio do nominalismo monetário, submetendo as práticas de correção monetária às balizas uniformizadoras da legalidade estrita. Por sua profunda lucidez, merece transcrição a seguinte passagem do voto do eminente Ministro:

A correção monetária, em nosso direito, está sujeita ao princípio da legalidade estrita, constituindo seu primeiro pressuposto a existência de lei formal que a institua. Se o Estado democrático de direito adotou o princípio do nominalismo monetário, estabelecendo o valor legal da moeda, é juridicamente inadmissível que esta (moeda) tenha, “*pari passu*”,

12/ Cf., nessa linha, STURZENEGGER, Luiz Carlos. “A propósito da polêmica em torno do art. 38 da Lei 8.880/94”. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez., 1994, ano XXXIII, n. 96, em especial p. 29 a 31.

13/ O IPC, por exemplo, era um índice calculado com base na média dos preços do dia 15 do mês anterior ao dia 15 do mês de referência. Destarte, a inflação de janeiro de 1989 medida pelo IPC, aplicada apenas no mês de fevereiro daquele ano, correspondeu à variação da média dos preços entre 15 de dezembro de 1988 e 15 de janeiro de 1989 relativamente à média dos preços entre 15 de novembro de 1988 e 15 de dezembro de 1988, enquanto a inflação de fevereiro, a ser aplicada em março, foi apurada com base na variação da média dos preços entre 15 de janeiro e 15 de fevereiro de 1989 relativamente à média dos preços entre 15 de dezembro de 1988 e 15 de janeiro de 1989. Dessa forma, a taxa de inflação aplicada em março ainda refletia o aumento de preços ocorrido até 15 de janeiro.

um valor econômico sem autorização legal. Só a lei é o instrumento adequado para instituir a correção monetária.

Na hipótese vertente (bloqueio dos cruzados novos), há lei (nº 8.024, art. 6º, § 2º), estabelecendo, de forma clara e precisa, a correção monetária dos saldos em caderneta de poupança convertidos em cruzeiros, indicando expressamente o índice de atualização (BTNF), fixando o período sujeito à correção e o marco temporal em que o fator de atualização passaria a incidir (a data do primeiro crédito de rendimento). **Qualquer outro índice por mais real que aquele, por mais apropriado, por mais conveniente, não pode ser pretendido** (e nem concedido nesta instância), **por lhe faltar um requisito inafastável – a base legal**. É, pois, antijurídico, na espécie, omitir-se, o julgador, em aplicar a lei [...] (STJ, 1ª Seção, REsp nº 124.864/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, Rel. p/ Acórdão Min. Demócrito Reinaldo, j. 24/6/1998, DJ 28/9/1998, p. 3, sem grifos no original).

32. Nessa mesma trilha de intelecção, o Ministro Eros Grau, ao ensejo do voto que proferiu no julgamento da Ação Originária nº 1.157/PI, ressaltou, nos seguintes termos, a impossibilidade de inovações extralegais no que concerne à questão da correção monetária:

Por outro lado, lembraria que o direito brasileiro adotou o **nominalismo**. Vale dizer, entre nós prevalece o enunciado quantitativo da moeda que, em virtude de lei, é o padrão de valor, tendo curso legal quando da constituição da obrigação. Digo mais: **como a indexação implica a exclusão do nominalismo, que é a regra geral, a sua utilização somente poderia ser admitida nos expressos termos da lei. Fora dessas hipóteses ela não pode ser aplicada**. É precisamente o caso dos autos.

[...] temo, inclusive, pela própria estabilidade do mercado. Se nos desatarmos a indexar, a atribuir correção monetária e a transformarmos a exceção em regra, colocamos o mercado – que é tão prezado aqui, neste Tribunal –, em risco. O rompimento da regra do nominalismo instala a insegurança nos mercados. (STF, Pleno, AO nº 1157-4/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2006, DJ 16/3/2007, p. 21 – sem grifos no original).

33. Como se vê, é a função legislativa que, em caráter geral e abstrato, há de estabelecer, ou não, correções monetárias para os diversos casos.¹⁴ Evita-se, com o

14/ Séculos antes de Cristo, Aristóteles já chamava atenção para o caráter político e jurídico-positivo do valor da moeda,

respeito à decisão legal acerca do valor da moeda e dos mecanismos eventualmente concebidos para sua reposição, uma disputa descoordenada entre este ou aquele índice a que, afinal, considerada a sua precariedade intrínseca, jamais se poderá atribuir, por mais interessante que isso pareça a determinado agente ou grupo econômico, a condição de índice “verdadeiro”, capaz de expressar aquilo que se desejaria proclamar como inflação “real”, fruto de um imperativo econômico “natural”, autônomo, preexistente e subordinante da validade da decisão política expressa na lei. Não há, em suma, algo inadmissível como uma espécie de “direito natural” deste ou daquele indicador econômico sobre a ordem legal republicana.

34. Ademais, não se deve perder de vista que, a par de sua precariedade gnosiológica, a figura dos índices de inflação desdoura-se, ainda, pelas terríveis consequências de sua inadvertida aplicação irrestrita e generalizada, que se passa a examinar na sequência.

II.1.4 Indexação e inércia inflacionária (retroalimentação recíproca)

35. O emprego generalizado de sistemas de atualização monetária, com base na ideia assaz difundida de que estes nada adicionariam de efetivo ao conteúdo das obrigações, servindo tão-somente à recomposição de seu “verdadeiro” valor, constitui o maior combustível para o tipo de inflação que, em passado ainda vívido na memória, assolou a sociedade brasileira: a inflação inercial. Como visto, atualizações monetárias constantes e generalizadas alimentam a expectativa inflacionária dos agentes econômicos, fazendo-a crescer de modo invariavelmente exponencial. Os agentes se antecipam, recíproca e defensivamente, a atualizações que sabem inevitáveis. Essa antecipação defensiva, induzida pela indexação, faz de cada ocasional aumento passado o mínimo que se espera para o futuro, deflagrando o ciclo vicioso que caracteriza os processos inflacionários inerciais.

36. Em suma, a indexação é um contraditório remédio que torna crônica a própria enfermidade cujos sintomas se destinaria a aliviar. Daí a crítica uníssona da literatura econômica contemporânea à adoção da prática:

destacando, quanto ao dinheiro (*nômisma*), que este “existe, não por natureza, mas por lei (*nomos*), e está em nosso poder mudá-lo”, e mesmo “torná-lo sem valor” (*Ética a Nicômaco*, Livro V, [1133 a], [30]).

[...] boa parte da inflação brasileira era inercial, realimentada pelo processo de indexação da economia. A inflação passada se reproduzia automaticamente na inflação presente. Os preços sobem hoje com base na inflação de ontem e isso projeta novo patamar de preços para o futuro. [...] Deixa [...] à margem do mecanismo da correção monetária [...] um enorme contingente de brasileiros que não têm acesso àqueles instrumentos.¹⁵

A indexação da economia é indesejável em si mesma, na medida em que, ao aumentar a importância do componente inercial do processo inflacionário, tende a tornar a inflação menos sensível às condições da demanda agregada. Esse fato reduz a eficácia da política monetária no controle inflacionário.¹⁶

[...] os agentes econômicos percebem muito imediata e agudamente a corrosão do poder de compra de suas rendas, provocada pelo aumento cada vez mais acelerado dos preços. Verifica-se, então, o desaparecimento da ilusão monetária e torna-se mais explícito o conflito distributivo, engolfando toda a população na mais acirrada e aberta batalha distributiva. As elevações de preços são realizadas em intervalos de tempo cada vez menores, ou seja, vai-se progressivamente reduzindo a defasagem com que os preços são defensivamente corrigidos por todos os agentes.¹⁷

37. A doutrina jurídica de Letácio Jansen, por seu turno, bem sintetizava a linha de ideia ora desenvolvida quando, já em 1986, alentava a abolição da correção monetária:

Quando se fala em abolir a correção monetária surge sempre a indagação: o que acontecerá se isso ocorrer? Como será o *day after*? A resposta é simples; voltaremos ao normal, identificando-nos com praticamente a totalidade dos demais Estados, que, como se sabe, respeitam o valor nominal de suas moedas. É verdade que a nossa normalidade monetária, herdada dos portugueses, não tem sido, até hoje, exemplar; mais do que retornarmos a ela, então, nos esforçar para atingir, afinal, essa normalidade. Já não será sem tempo; e não se trata de tarefa impossível.¹⁸

15/ PRADO, Maria Clara R. M. do. *A real história do Real*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 58.

16/ MODENESI, André de Melo. *Regimes monetários: teoria e a experiência do Real*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 393.

17/ Idem, *ibidem*, p. 243.

18/ JANSEN, Letácio. *A correção monetária em Juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 88, com grifo do original.

38. Percebe-se, pois, que o nominalismo monetário, princípio contraposto à indexação generalizada, como ressaltado pelo Ministro Eros Grau em sua manifestação supratranscrita, desponta como mecanismo imprescindível ao controle da inflação, conforme também destacado pela doutrina em lições como as seguintes:

Vê-se, *ad instar* dos exemplos apontados, a importância prática do nominalismo, sobretudo em períodos inflacionários de incalculável gravidade, como o que atravessamos. De acordo com o mesmo, a moeda tem sempre o valor legal outorgado pelo Estado; o valor *publice impositus* determina o poder aquisitivo da moeda. Essa a sua força liberatória, ainda que, na realidade, declinado haja o valor aquisitivo em relação às utilidades. Se o valor não fosse o legal, mas o de câmbio, ter-se-ia implantado a incerteza em todas as relações jurídicas tendo por objeto prestação pecuniária.¹⁹

O nominalismo é o resultado de um longo processo de sistematização jurídica da moeda, sendo um princípio teórico fundamental e necessário na prática à organização monetária, do qual enquanto existir o dinheiro, não podemos pensar em nos afastar.²⁰

39. Pontuadas, pois, essas questões atinentes à relação retroalimentadora que se estabelece entre indexação e inércia inflacionária, pode-se compreender, como se passa a destacar, que os planos econômicos a cujas normas se reporta a presente arguição representam justamente tentativas de romper com tal relação.

II.1.5 O que foram os planos econômicos

40. Planos econômicos, em especial os que ora se encontram sob exame, consistiram em choques heterodoxos aplicados sobre o sistema monetário-financeiro com a finalidade explícita, como se extrai de suas exposições de motivos adiante referenciadas, de romper com o ciclo inflacionário vicioso já

19/ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 74, com grifos do original.

20/ JANSEN, Letácio. *A norma monetária*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 71.

descrito²¹. Para tanto, era necessário reinaugurar o regime monetário, inclusive com a criação de nova moeda, que se queria livre da indexação gestada ao longo da progressão inflacionária precedente. Já não era possível insistir com a “velha” moeda, uma vez que irremediavelmente corrompida em seu significado como referência valorativo-econômica, nem tampouco administrar, sem ruptura radical, as agigantadas expectativas inflacionárias embutidas em praticamente todos os contratos desenhados sob o regime monetário deteriorado.

41. Como visto, o processo inflacionário contínuo elidia até mesmo a racionalidade comportamental dos agentes econômicos. Daí a imperiosa necessidade de planos estatais visando à restauração de parâmetros racionais corroídos pela inflação inercial. Ora, planejamento, em sentido lato, não é mais que a tentativa de racionalizar a atividade econômica. Nesse sentido, a lição de João Bosco Leopoldino da Fonseca:

O planejamento econômico surge no século XX como forma de imprimir ao mercado um direcionamento diferente daquele que o regeria se deixado às suas “leis naturais”. O planejamento tem como finalidade fazer com que a tomada de decisões e a informação de ações sejam impregnadas de racionalidade.²²

42. O planejamento e os planos, contudo, não se confundem com o dirigismo econômico. A ideia de planejamento, como destaca João Bosco Leopoldino da Fonseca, é ideologicamente neutra. Bem por isso, países com perfis completamente distintos valem-se do planejamento. Nas palavras do referido doutrinador:

A racionalidade no controle das medidas de política econômica surge assim dentro de dois quadros econômicos absolutamente distintos [o autor se refere ao planejamento norte-americano e ao planejamento soviético]. Não se pode aceitar que o planejamento seja um instrumento de busca da racionalidade vinculado a uma ideologia política. Se se aceitar

21/ “[...] todos eles [o autor se refere aos planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II] se basearam no **diagnóstico inercialista** da inflação e na proposta do choque heterodoxo de Chico Lopes, já que todos adotaram alguma medida de **congelamento de preços**.” (MODENESI, Op. cit., p. 290, com grifos do original).

22/ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 339-340.

que o planejamento tenha como finalidade a busca de uma coerência e adequação das medidas de política econômica adotadas por um país, não se poderá restringir sua adoção somente por países que se pautam por uma econômica de mercado ou por aqueles que a rejeitam.²³

43. Já em sentido jurídico, o plano é, precisamente, uma lei, como esclarece o seguinte excerto doutrinário:

[...] o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, suas metas temporais, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação.²⁴

44. É mister ressaltar, contudo, que a noção de planos monetários não se confunde com a acepção do termo “planejamento” contemplada no *caput* do art. 174 da Constituição Federal. Em outras palavras, planos monetários não consubstanciam planejamento meramente indicativo para a atividade dos agentes econômicos privados. Antes, são leis de ordem pública, de observância compulsória pelas partes, sobre tema – sistema monetário – que logicamente precede a própria existência do planejamento na acepção empregada no citado dispositivo constitucional. Nesse sentido, ressaltando as diferenças entre planejamento **indicativo** e plano **cogente** de estabilização monetária, citam-se as palavras de Paulo Scott:

na noção de planejamento veiculado pelo *caput* do artigo 174 da CF não podem ser admitidos, mesmo que guardem alguma semelhança com ela, os planos de estabilização monetária, vinculados ao sistema financeiro nacional, porque, além de não provirem de um processo com a amplitude e o perfil democrático necessário, possuem um grau de compulsoriedade incompatível com o que foi reservado pela norma constitucional aos planos governamentais de repercussões socioeconômicas. Não há como confundir, portanto, a função do planejamento da atividade econômica

23/ Idem, ibidem, p. 346.

24/ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, jan.-mar., 1997, ano 34, n. 133, p. 95. No mesmo sentido, FABRI, Andréa Queiroz. *Responsabilidade do Estado: planos econômicos e iniciativa privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 46: “Embora, em um primeiro momento, a peça seja considerada técnica, para que seja efetivada em um Estado de Direito deve tomar o caráter de lei, adquirindo, pois, feição jurídica. É nesta fase que o planejamento toma, depois de tornado público, o nome do ‘Plano’, que vai identificar as ações governamentais na condução dos rumos da economia (inclusive, através da política financeira) e do Estado”.

com os choques ou pacotes monetários unidirecionais, verificados na nossa história recente para o controle do processo inflacionário.²⁵

45. Correta a doutrina transcrita. Afinal, o planejamento de qualquer atividade econômica pressupõe um mínimo de estabilidade monetária, que é perseguida por planos econômicos como os ora em foco. Até mesmo orçamentos públicos não passam de peça de ficção à míngua de tal pressuposto. Nessa linha, não se cogita, por exemplo, que a liberdade de contratação permita às partes a não adoção do regime monetário estabelecido pelo ordenamento jurídico.

46. Assim, considerada a gravidade do processo inflacionário inercial experimentado no país de meados dos anos 1980 até a edição do Real, era natural que as políticas públicas estivessem quase que exclusivamente voltadas para o combate à inflação. Como referido anteriormente, a corrida inflacionária consome os salários da população, em especial da mais carente, sem acesso ao sistema financeiro, que, justamente por isso, é incapaz de proteger seus parcos ganhos da depreciação monetária. Assim, boa parte dos esforços do Estado, como era de se esperar, estava vinculada à tentativa de suplantar o fenômeno inflacionário ou, ao menos, de evitar a hiperinflação. Essas condições faziam com que se considerasse a estabilização dos preços como primeira política econômico-social a ser empreendida, como denuncia João Bosco Leopoldino da Fonseca:

Depois da intenção de globalidade (pois procuram projetar um conjunto de mudanças em todos os setores da sociedade) desses Planos e mesmo concomitantemente com o período de execução do I PND-NR [*Plano Nacional de Desenvolvimento – Nova República*], seguem-se, a partir de 1986, Planos que se devem chamar de setoriais, ou até mesmo unidirecionais, porque **partem todos eles do pressuposto de que a raiz dos males econômico-sociais reside na inflação**. Desde o Plano Cruzado até o Plano Real, o combate, concentrado no controle monetário, visa conter a inflação. Não se vê, como nos anteriores, a fixação de metas a serem alcançadas. Não existe um plano de médio ou de longo alcance. Poder-se-ia até mesmo pensar que, depois de debelada a inflação, teria cessado qualquer razão de ser para ações governamentais.²⁶

25/ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: Estado e normalização da Economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 133, *apud* FABRI, op. cit., p. 39, sem grifos no original.

26/ FONSECA, op. cit., p. 397-398, sem grifos no original.

47. Nesta altura, destacada a estratégia comum aos diversos planos em questão (choque heterodoxo), bem como a imperiosa necessidade de sua edição à época em que vieram a lume, pode-se passar a uma breve análise, em ordem cronológica, da legislação que instituiu e disciplinou esses programas de estabilização monetária.

48. Em 1986, foi editado o plano econômico que se convencionou chamar de **Plano Cruzado**, por meio do Decreto-Lei n.º 2.283, de 27 de fevereiro, modificado pelo Decreto-lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986, pelo Decreto-lei n.º 2.290, de 21 de novembro de 1986, e pelo Decreto-Lei n.º 2.311, de 23 de dezembro de 1986, que adaptaram aos poucos o Plano Cruzado à nova realidade deflacionária. Todos esses decretos foram editados com fundamento no art. 55, I e II, da Constituição Federal de 1967, na redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

49. Referida legislação trouxe congelamento de preços e tarifas. Da Exposição de Motivos n.º 015-A, de 26 de fevereiro de 1986, do citado Decreto-Lei n.º 2.283, de 1986, o Ministro da Fazenda Dílson Funaro e o Ministro-Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, João Sayad, expressamente destacaram que a nova Repúblicaurgia transformações, dentre as quais o maior desafio era o controle da inflação. Para tanto, fazia-se necessário adotar medidas de reordenamento das finanças públicas, inibindo a especulação financeira, de modo a “reunir todas as energias para derrotar a inflação”, em uma espécie de esforço de guerra. Da referida exposição de motivos, percebe-se que a situação de fato assim se anunciava:

[...] a atual situação da economia brasileira configura quadro inflacionário gerado por inúmeras variáveis, como os preços agrícolas e industriais, salários, preços e tarifas públicas, câmbio, taxa de juros. [...] a aplicação generalizada da correção monetária contamina todo o sistema econômico-financeiro e marginaliza o cruzeiro em suas funções monetárias. [...]. É pois, absolutamente indispensável empreender reforma que assegure, imediatamente, estabilização de todos os preços [...] a base dessa reforma é, portanto, a garantia dos direitos do cidadão [...] instituir-se-á o Cruzado como novo padrão monetário brasileiro; ele será necessariamente moeda forte, livre das incertezas da inflação e apta a firmar-se no conceito internacional [...]

50. De acordo com Letácio Jansen,²⁷ o Plano Cruzado, além de congelar preços e salários, trouxe os seguintes impactos: mudou o nome da moeda, de Cruzeiro para Cruzado; deflacionou obrigações com correção monetária ao longo de um ano por meio de tabela fixa; determinou atualização, até o mês de sua edição, de obrigações com cláusula de correção monetária, prevendo a sua conversão em cruzados; atualizou obrigações, a exemplo de aluguéis, salários, prestações da casa própria, de acordo com a média de poder aquisitivo; deu à ORTN a designação de OTN, congelando o seu preço por um ano. Em síntese, o Plano Cruzado determinou que as obrigações contratadas sem cláusulas explícitas de correção monetária seriam alvo de deflação, conforme tabela acostada ao Decreto-Lei nº 2.284, de 1986.

51. O combate à inflação passava necessariamente pela alteração do padrão monetário com tabelas de transição (tablitas) que pudessem conciliar a correção de contratos pretéritos sem, todavia, ensejar ganhos desproporcionais com uma nova situação econômica, de relativa estabilidade, ou mesmo de deflação, ao menos nos momentos imediatamente seguintes à edição do plano.

52. Não se pode, também, olvidar que tal plano recebeu imediata e ampla aprovação social, a lembrar dos chamados “fiscais do Sarney”, em uma espécie de compartilhamento de atribuições estatais de fiscalização com o povo, com previsão expressa no art. 38 do Decreto-Lei nº 2.284, de 1986, *verbis*:

Art. 38. Qualquer pessoa do povo poderá e todo servidor público deverá informar às autoridades competentes sobre infrações à norma de congelamento de preços e prática de sonegação de produtos, em qualquer parte do território nacional.

53. Já a edição do chamado **Plano Bresser**, referência ao então Ministro da Fazenda, Luiz Carlos Bresser Pereira, foi veiculada por meio do Decreto-Lei nº 2.335, de 12 de junho de 1987, modificado pelo Decreto-Lei nº 2.336, de 15 de junho de 1987, pelo Decreto-Lei nº 2.337, de 18 de junho de 1987, e pelo Decreto-Lei nº 2.342, de 10 de julho de 1987, todos editados também ao amparo do art. 55, I e II, da Constituição de 1967, na redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

27/ JANSEN, Letácio. *A face legal do dinheiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 154.

54. A estratégia de combate à inflação desse Plano, conforme esclarece a Exposição de Motivos nº 134-A, de 10 de junho de 1987, do Decreto-Lei nº 2.335, de 1987, dar-se-ia em três fases sucessivas.

55. Na primeira, estabelecia-se o congelamento de preços e salários pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, com a finalidade de interromper a sucessão de altas inflacionárias até então observadas.

56. Já na segunda fase, haveria um afrouxamento na política de congelamento de preços e salários, mediante reajustes mensais, admitindo-se, ainda, a correção de eventuais desequilíbrios verificados durante o período de congelamento. Os reajustes admitidos se dariam com base na URP (Unidade de Referência de Preços), que era reajustada a cada trimestre com base no IPC. Essas medidas de reajuste tinham a finalidade de evitar problemas de desabastecimentos e ágios.

57. Ademais, o Plano Bresser previu um fator de deflação aplicável aos contratos firmados entre 1º de janeiro de 1987 a 15 de junho de 1987, com a finalidade de evitar a contaminação dos contratos pelos índices de inflação anteriores ao Plano.²⁸

58. Além dessas medidas, “visando à redução do déficit público, imprescindível a consecução desse objetivo [estabilização de preços], importantes medidas complementares de ajustamento [seriam] adotadas, como cortes nos gastos públicos e nos subsídios, reajustes nos preços e tarifas públicas, além de uma política fiscal e monetária rigorosa”, como se vê no parágrafo 13 da citada Exposição de Motivos nº 134-A, de 1987.

59. Finalmente, em sua terceira fase, o Plano previa o retorno à liberdade de mercado: “A fase de flexibilização encerrar-se-á quando, configurada a estabilização de preços, tornar-se possível a plena atuação da economia de mercado” (art. 7º do Decreto-Lei nº 2.335, de 1987).

60. Ao fim, não custa lembrar o relativo sucesso obtido pelas medidas adotadas, em especial a mobilização social ocorrida, uma vez que convocada, por previsão expressa, a participar da fiscalização do cumprimento das regras de congelamento (art. 17 do Decreto-Lei nº 2.335, de 1987).

28/ Observe-se que o teor do art. 13 do Decreto nº 2.335, de 1987, que estabeleceu mecanismos deflatores, tanto em sua redação original como na que lhe conferiu o Decreto nº 2.342, de 1987, é extremamente assemelhado ao do art. 27 da Lei nº 8.177, de 1991 (Plano Collor II), cuja constitucionalidade já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 608-8/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 31/5/2007, DJ 17/8/2007, por maioria.

61. O Plano Verão, por seu turno, instituído nos termos da Medida Provisória nº 32, de 15 de janeiro de 1989, convertida na Lei nº 7.730, de 31 de janeiro desse mesmo ano, foi concebido para atender ao propósito governamental manifesto de reinaugurar o sistema monetário-financeiro, introduzindo nova unidade monetária, o Cruzado Novo, e promovendo ampla desindexação da economia, como se estampa na Exposição de Motivos nº 11, de 15 de janeiro de 1989, referente à aludida Medida Provisória.

62. Partia de diagnóstico inercialista da inflação, como os planos antecedentes, e de conscienciosa associação entre o fenômeno inflacionário e a injustiça social por ele gerada, conforme o expresso nos seguintes termos da referida exposição de motivos:

A aplicação generalizada da correção monetária que hoje permeia todo o sistema econômico tem redundado em distorções que, além de impor um pesado ônus ao Governo no financiamento de seu déficit, corrói o poder de compra dos salários e reduz a renda real das camadas de menor poder aquisitivo.

Não se pode permitir que essa situação se prolongue. A eliminação do processo inflacionário é a melhor garantia de preservação do salário real. [...]

Assim, a reforma ora proposta fundamenta-se nos princípios de justiça social adotados e perseguidos por Vossa Excelência. Ao promover o congelamento de todos os preços e tarifas, eliminando os mecanismos oficiais de indexação da economia, a presente proposta traz importantes alterações na política fiscal, monetária e salarial.

63. O Plano contemplava, entre outras, medidas de congelamento, extinção da OTN, substituições de índices de preços, mecanismos deflatores de contratos em curso (tablita) e alteração da forma de remuneração das cadernetas de poupança.

64. No art. 13 da Lei nº 7.730, de 1989, por exemplo, vê-se clara disciplina de mecanismo deflator a ser aplicado a contratos celebrados anteriormente ao choque heterodoxo promovido pelo Plano, para lhes extirpar a expectativa inflacionária embutida à época de sua celebração, no contexto inflacionário inercial progressivo. Em rara e louvável manifestação de transparência legislativa quanto à *voluntas legis*, o *caput* e os incisos do dispositivo em questão são, até

mesmo, expressos nesse sentido, ao dispor que obrigações pecuniárias anteriores ao Plano deveriam ser convertidas para a nova moeda, em seu vencimento, de acordo com determinado cálculo, concebido “com a finalidade de: [...] II – eliminar o excesso de expectativa inflacionária e de custos financeiros embutidos”.

65. Finalmente, por meio dos **Planos Collor I e II** também se tentou reverter a perda progressiva das funções da moeda. O grande problema que se destacava, naquele momento histórico, era a concorrência de índices de indexação com a moeda de curso legal. Salientou-se tal fato, nos termos adiante transcritos, na Exposição de Motivos nº 58, de 15 de março de 1990, da Medida Provisória nº 168, da mesma data, convertida na Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990:

No Brasil, a adaptação do corpo social à prática da indexação chegou ao absurdo econômico da criação da moeda indexada, que concentra os atributos da liquidez e da atualização de seu valor em relação à moeda de curso legal. [...]. Neste regime em que convivem duas moedas, a política monetária do Estado torna-se inoperante, prisioneira da polarização das preferências do agente na moeda indexada [...]. Temos a convicção de que estas medidas impostergáveis, ao recuperarem o padrão monetário, recolocarão o país na senda do investimento produtivo, de crescimento do emprego e dos salários, criando as condições para a aceitação do risco nos negócios.

66. O Plano Collor I, com o objetivo de restaurar o valor da moeda de curso legal, alterou a denominação do Cruzado Novo para o Cruzeiro e bloqueou saldos de depósitos à vista (art. 5º da Lei nº 8.024, de 1990) e de cadernetas de poupança (art. 6º) superiores a cinquenta mil cruzados novos, bem como o valor de resgate de títulos diversos (art. 7º), tendo em mira promover redução drástica da liquidez no mercado, então sujeito a contexto marcado pela maior proximidade da hiperinflação já atingida ao longo da era dos planos.

67. A remuneração dos valores bloqueados, respeitado o trintídio, fez-se mediante a adoção do BTN Fiscal, não incidindo, pois, no particular, a Lei nº 7.730, de 1989, que estipulava a aplicação do IPC.

68. A instituição do Plano Collor II deu-se pela edição da Medida Provisória nº 294, de 31 de janeiro de 1991, convertida na Lei nº 8.177, de 1.º de março de 1991. Cuidava-se de nova tentativa de desindexação da economia, propondo-se,

assim, a extinção “de todas as formas de indexação de contratos com periodicidade inferior a um ano e [a criação da] Taxa Referencial, cujo objetivo é permitir o funcionamento do sistema financeiro no novo contexto criado por este ato normativo” (Exposição de Motivos nº 31, de 31 de janeiro de 1991, do texto da Medida Provisória nº 294, do mesmo ano).

69. Os sucessivos planos econômicos aludidos, embora não tenham alcançado o objetivo final da estabilização econômica, por certo impediram o caos da hiperinflação. Nesse sentido, Mário Henrique Simonsen ressalta o sucesso, ainda que breve, desses planos: “O Plano Cruzado apresentou excelentes resultados por oito meses e o Plano Bresser conseguiu reduzir a taxa de inflação à metade nos primeiros três meses”.²⁹ Assim, não se pode deixar de reconhecer que o Estado, com a edição de tais medidas, observou seus deveres constitucionais, com vistas a preservar o bem-estar da Nação, a ordem econômica e social e, também, como se verá na sequência, os interesses legítimos dos agentes econômicos em particular. É difícil, se não impossível, quantificar a perda econômica e de bem-estar social que poderia ter decorrido da omissão estatal em tal contexto. A história econômica, afinal, como já pontuado, não permite subestimar o poder destrutivo da ameaça hiperinflacionária.

70. Concluído este tópico, ao longo do qual se procurou estabelecer as premissas fáticas relativas aos planos econômicos, cumpre agora, em análise propriamente jurídica, evidenciar a plena constitucionalidade dos atos normativos correspondentes, os quais, não infringindo nenhum preceito constitucional, notadamente os do direito adquirido e da segurança jurídica, preservaram-nos, antes, por meio de suas regras de deflação.

II.2 – ANÁLISE JURÍDICA

Não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito [...]. (STF, 2ª T., RE nº 105.137-0/RS, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 31/5/1985, DJ 20/9/1985, ementa);

[...] as normas que alteram o padrão monetário e estabelecem os

29/ Mário Henrique Simonsen, parecer, apud WALD, Arnaldo. *O novo direito monetário: os planos econômicos, os contratos, o FGTS e a Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54.

critérios para a conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam de regime legal de moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito [...]. (STF, 1ª T., RE nº 114.982-5/RS, Rel. Min. Moreira Alves, j. 30/10/1990, DJU 1º/3/1991, ementa);

[...] A MP 168/90 observou os princípios da isonomia e do direito adquirido. [...]. (STF, Pleno, RE nº 206.048-8/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 15/8/2001, DJ 19/10/2001, ementa). Os contratos fixados anteriormente ao Plano incorporavam as expectativas inflacionárias [...].

O congelamento importou em quebra radical das expectativas inflacionárias e, por consequência, em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

A manutenção íntegra dos pactos importaria em assegurar ganhos reais não compatíveis com a vontade que deu origem aos contratos.

[...]

O decreto-lei, ao contrário de desrespeitar, prestigiou o princípio da proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF) ao reequilibrar o contrato e devolver a igualdade entre as partes contratantes. (STF, Pleno, RE nº 141.190-2, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 14/9/2005, DJU 26/5/2006, ementa);

A submissão dos contratos e títulos de crédito [...] ao fator de deflação não afronta o ato jurídico perfeito. (STF, Pleno, ADI nº 608-8, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 31/5/2007, DJU 17/8/2007, ementa).

II.2.1 Inexistência de direito adquirido a regime monetário

71. A ideia de criar mecanismos deflatores nos planos econômicos baseia-se na impossibilidade de se manter determinados critérios de correção, previstos para reger contratos em situação de alta inflação, no novo cenário abruptamente deflacionado em virtude do choque promovido pelo plano. Assim, alterando-se a realidade econômica por força da intervenção exógena do Estado, devem-se alterar também os critérios de correção vigentes nos contratos em curso, visto que desenhados sob a suposição da continuidade da progressão inflacionária inercial precedente ao choque deflator.

72. A alteração da indexação incorporada ao contrato antes do plano, visando à sua adaptação ao novo ambiente macroeconômico, é concebida pelo legislador, portanto, justamente em homenagem à segurança jurídica, e não o contrário, com vistas a impedir a surpresa de um desequilíbrio contratual gerador de enriquecimento sem causa. Afinal, uma vez mantidos os índices antes contratados, pensados para período de alta inflação, numa subsequente circunstância de congelamento de preços, ter-se-ia a subversão do papel da correção monetária como mera repositora do poder de compra da moeda, como elemento concebido para ser neutro. Em tal situação, a correção acabaria por se converter, ao arripio da vontade contratual originária, em fator de ganho real para o pólo credor, em detrimento do devedor. Eis o desequilíbrio contratual denunciado no atilado julgamento do Recurso Extraordinário nº 141.190-2, nos seguintes termos emblemáticos:

Os contratos fixados anteriormente ao Plano incorporavam as expectativas inflacionárias [...].

O congelamento importou em quebra radical das expectativas inflacionárias e, por consequência, em **desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos**.

A manutenção íntegra dos pactos importaria em assegurar ganhos reais não compatíveis com a vontade que deu origem aos contratos.

[...]

O decreto-lei, ao contrário de desrespeitar, prestigiou o princípio da proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF) ao reequilibrar o contrato e devolver a igualdade entre as partes contratantes. (STF, Pleno, RE nº 141.190-2, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 14/9/2005, DJU 26/5/2006, p. 8, ementa, sem grifos no original);

73. Permitida uma analogia, poder-se-ia, em termos alegóricos, comparar o ambiente macroeconômico com um ônibus, e cada passageiro com as situações contratuais particularizadas dentro do sistema econômico – é reveladora, no caso, a elegante etimologia latina da expressão ônibus: *omnibus* (para todos). Quando se acelera o veículo, todos os passageiros têm, no encosto de seus assentos, o anteparo em virtude do qual não são projetados para trás, tal como se dá com a indexação dos contratos em relação à progressão exponencial que caracteriza a denominada inflação inercial. Já no momento de uma frenagem

brusca do veículo (o sistema econômico), esses mesmos passageiros (os contratos em particular) necessitam do cinto de segurança (mecanismos deflatores) para que não se projetem drasticamente para frente (desequilíbrio contratual superveniente aos planos, com enriquecimento sem causa do credor), em razão da inércia (expectativa inflacionária inercial embutida nos contratos).

74. Como se vê, pois, o plano econômico representa substancial alteração no quadro fático vigente no período em que foram firmados os contratos. Diante disso, caberia ao jurista questionar: os mecanismos deflatores e as regras de transição previstas na legislação à qual se reporta a presente arguição perpetraram violação ao ato jurídico perfeito ou ao direito adquirido? Ou, ao revés, foram justamente os mecanismos que preservaram tais cláusulas constitucionais, ao imunizar as expectativas recíprocas originalmente nutridas pelos contratantes?

75. O quadro, em síntese, é o seguinte: quando firmado o pacto, o período era inflacionário. No entanto, a edição do plano econômico representa ruptura abrupta e inesperada desse quadro, o que torna necessário reequilibrar a distribuição dos ônus entre as partes contratantes, para evitar o locupletamento de um dos pólos da relação.

76. Ademais, na linha do que já argumentado, além de uma precariedade inerente à própria concepção metodológica dos índices inflacionários, há também uma defasagem temporal entre a data de coleta das informações e a de sua aplicação. Afinal, é preciso colher os dados (preços dos produtos da cesta arbitrada) durante um período, realizar os cálculos em outro (tratamento estatístico e consolidação dos dados coletados) e, finalmente, divulgar e aplicar a correção monetária num terceiro momento histórico. Essa é mais uma razão pela qual a eventual aplicação desses índices, após a implantação do plano econômico, acabaria por causar verdadeira distorção na relação contratual, uma vez que já não refletiriam a inflação efetiva pós-plano, mas uma projeção das expectativas inflacionárias concernentes ao período pré-plano; esses são os chamados resíduos estatísticos. Bem por isso, é preciso desconsiderar tais distorções contábeis – de resto contornadas ao longo do período inflacionário pelas mais diversas estratégias defensivas –, decorrentes do descasamento entre o período de coleta das informações para o cálculo da inflação e o de sua aplicação às relações contratuais.

77. Em razão das inconsistências descritas, a implantação de um plano

econômico, sem a aplicação de regras de transição acerca da forma de cálculo da correção monetária, implicará, sempre e necessariamente, locupletamento do credor.

78. Ademais, o respeito a tal disciplina de transição, implementada, na forma da legislação dos planos, com base na competência insculpida no art. 22, VI, da Constituição Federal, desponta como condição *sine qua non* à eficácia do programa de estabilização monetária, de cujo sucesso depende o interesse de toda a sociedade. É que, no agregado, a contaminação do cenário pós-plano com a perpetuação, em diversos contratos, de cláusulas contendo expectativas inflacionárias atinentes ao cenário pré-plano acaba por resgatar a perversa dinâmica *expectacional* desse último cenário, inviabilizando a ruptura necessária ao êxito do tipo de política pública em questão.

79. Eis o porquê da invulgar importância do princípio do nominalismo (**legalidade estrita**), expressão daquela competência constitucional para disciplinar o sistema monetário, notadamente num delicado período de transição como o inerente à implementação de planos como os ora em foco. Sem a referência uniformizadora e de coordenação heterônoma das expectativas dos diversos agentes econômicos quanto à moeda, preconizada pelo princípio em questão, deixa-se a consistência de suas funções ao sabor da disputa entre uma infinidade de indexadores e de interesses diversos dos atores do mercado, com enormes prejuízos, no médio e no longo prazo, para a sua própria sistematicidade. Desconsiderado o princípio nominalista, transige-se com a pretensão dos diversos agentes econômicos de substituir o índice legal por índices considerados “mais legais”, sob a perspectiva fragmentária e descoordenada daqueles agentes.

80. Reprise-se, por sua profunda lucidez, o pronunciamento do Ministro Eros Grau no julgamento da Ação Originária nº 1.157/PI:

Entendo que a contagem da correção monetária, no caso, implicaria a substituição de uma obrigação por outra, de modo a conduzir, sim, ao enriquecimento sem causa. Mas não da Administração, porém, com sinal trocado.

Por outro lado, lembraria que o direito brasileiro adotou o nominalismo. Vale dizer, entre nós prevalece o enunciado quantitativo da moeda que, em virtude de lei, é o padrão de valor, tendo curso legal quando da constituição da obrigação. Digo mais: como a indexação implica a exclusão

do nominalismo, que é a regra geral, a sua utilização somente poderia ser admitida nos expressos termos da lei. Fora dessas hipóteses ela não pode ser aplicada. É precisamente o caso dos autos.

Peço vênia à divergência para acompanhar o Ministro Gilmar Mendes. Mas temo, inclusive, pela própria estabilidade do mercado. Se nos desatarmos a indexar, a atribuir correção monetária e a transformarmos a exceção em regra, colocamos o mercado – que é tão prezado aqui, neste Tribunal –, em risco. **O rompimento da regra do nominalismo instala a insegurança nos mercados.** (STF, Pleno, AO nº 1157-4/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2006, DJ 16/3/2007, p. 21 – sem grifos no original).

81. Em suma, a aplicação das regras sobre correção monetária anteriores à edição do plano econômico implica enriquecimento sem causa do credor, nada acrescentando em termos de proteção a algum direito adquirido. Ao revés, o trespassse da indexação anterior ao plano para o novo cenário por ele inaugurado distorce por completo o sentido de tal garantia constitucional. Afinal, “a existência de direito adquirido em relações contratuais (oriundo do ato jurídico perfeito) está intrinsecamente ligada à vontade das partes e ao equilíbrio da relação materializada no ajuste”,³⁰ razão pela qual os planos econômicos prevêm mecanismos deflatores, que modificam a forma de apuração da correção monetária para reajustar o equilíbrio contratual originário, abruptamente distorcido pela implantação do plano econômico. As regras de deflação, portanto, não ofendem o direito adquirido; antes, o prestigiam em sua *ratio*.

82. A jurisprudência dessa Corte Suprema não poderia ser mais clara nesse sentido. É o que salta aos olhos nos seguintes julgados:

Não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito [...]. (STF, 2ª T., RE nº 105.137-0/RS, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 31/5/1985, p. 15.994, ementa);

LOCAÇÃO. PLANO CRUZADO. [...] Já se firmou a jurisprudência desta Corte, como acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, no sentido de que as normas que alteram o padrão monetário e estabelecem os critérios para a conversão dos valores em face dessa alteração se

30/ STURZENEGGER, Luiz Carlos. A propósito da polêmica em torno do art. 38 da Lei 8.880/94. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez., 1994, ano XXXIII, n. 96, em especial, p. 40.

aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam de regime legal de moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito [...]. (STF, 1ª T., RE nº 114.982-5/RS, Rel. Min. Moreira Alves, j. 30/10/1990, DJU 1º/3/1991, p. 1.808, ementa);

Constitucional. Direito Econômico. Caderneta de poupança. Correção Monetária. Incidência de Plano Econômico (Plano Collor). Cisão da caderneta de poupança (MP 168/90). Parte do depósito foi mantido na conta de poupança junto à instituição financeira, disponível e atualizável pelo IPC. Outra parte - excedente de NCz\$50.000,00 - constituiu-se em uma conta individualizada junto ao BACEN, com liberação a iniciar-se em 15 de agosto de 1991 e atualizável pelo BTN Fiscal. A MP 168/90 observou os princípios da isonomia e do direito adquirido. Recurso não conhecido. (STF, Pleno, RE nº 206.048-8/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 15/8/2001, DJ 19/10/2001, p. 49),³¹

APLICAÇÕES EM CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM VALOR DE RESGATE PRÉ-FIXADO – CDB. DL 2.335 DE 12.6.1987 (CONGELAMENTO DE PREÇOS E SALÁRIOS POR 90 DIAS). PLANO BRESSER. DEFLAÇÃO. TABLITA. APLICAÇÃO IMEDIATA. ALTERAÇÃO DE PADRÃO MONETÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

O Plano Bresser representou alteração profunda nos rumos da economia e mudança do padrão monetário do país.

Os contratos fixados anteriormente ao Plano incorporavam as expectativas inflacionárias e, por isso, estipulavam formas de reajuste de valor nominal. O congelamento importou em quebra radical das expectativas inflacionárias e, por consequência, em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

A manutenção íntegra dos pactos importaria em assegurar ganhos reais não compatíveis com a vontade que deu origem aos contratos.

A tablita representou a consequência necessária do congelamento como instrumento para se manter a neutralidade distributiva do choque na economia.

O decreto-lei, ao contrário de desrespeitar, prestigiou o princípio da proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF) ao reequilibrar o

31/ Esse julgado deu origem à sedimentação do entendimento que veio a ser consagrado com a edição da Súmula nº 725 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "É constitucional o § 2º do art. 6º da Lei 8.024/1990, resultante da conversão da Medida Provisória 168/1990, que fixou o BTN fiscal como índice de correção monetária aplicável aos depósitos bloqueados pelo Plano Collor I".

contrato e devolver a igualdade entre as partes contratantes. (STF, Pleno, RE nº 141.190-2, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 14/9/2005, DJU 26/5/2006, p. 8, ementa).

83. No voto condutor desse último precedente, destacou-se:

As modificações na economia, produzidas pela intervenção exógena do Estado, repercutem na base econômica que dá origem ao acordo das partes. Alterada essa base – seja por mudança, seja por radical intervenção na economia, como é o congelamento –, o acordo entre as partes deve sofrer modificações no ajuste nominal a fim de ser mantido ajuste substancial. O que tem que ser preservado é a substância do ajuste contratual.

84. Exatamente na mesma linha, deu-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 136.901-9, cuja ementa assim consagrou o entendimento, desta feita em relação ao *Cruzado*, ressaltando a similitude entre os diversos planos:

[...] o fator de deflação veio a preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos, diante da súbita interrupção do processo inflacionário. **A manutenção dos contratos então vigentes** – que traziam embutida a tendência inflacionária – **importaria em ganhos irreais, desiguais e incompatíveis com o pacto firmado** entre as partes antes da alteração radical do ambiente monetário e econômico.

Também por isso se confirmou a tese de que **normas de ordem pública que instituem novo padrão monetário têm aplicação imediata** em relação aos contratos em curso como forma de reequilibrar a relação jurídica antes estabelecida.

O Plano Funaro (*Cruzado*) também representou mudança de padrão monetário e alteração profunda dos rumos econômicos do país e, por isso, a esse plano econômico também se aplica a jurisprudência assentada no julgamento do RE 141.190. (STF, Pleno, RE nº 136.901-9, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 15/3/2006, DJ 2/6/2006, p. 5, ementa, sem grifos no original).

85. Nessa esteira, vieram ainda a lume julgados como os seguintes:

A submissão dos contratos e títulos de crédito constituídos entre 1º.9.1990 e 31.1.1991 ao fator de deflação **não afronta o ato jurídico perfeito.**

(STF, Pleno, ADI nº 608-8, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 31/5/2007, DJU 17/8/2007, p. 22, ementa, sem grifos no original);
[...] 2. CONTRATO. Correção monetária. Plano econômico. Deflação. Tabela instituída pela Lei nº 8.177/91 (art. 27). “Tablita”. Ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Inexistência. Decisão do Plenário. Agravo regimental provido. A tabela instituída pelo art. 27 da Lei nº 8.177/91 não ofende a Constituição da República. (STF, 2ª T., AgR no AI nº 213.649-4/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 18/3/2008, DJe-097 divulg. 29/5/2008, public. 30/5/2008).

86. E, além de todas as razões já articuladas, impende reconhecer, ainda, que a garantia de inviolabilidade do direito adquirido não pode ser interpretada de modo que suprima até mesmo a possibilidade de implementação de políticas públicas e de atendimento à imperiosa necessidade social de estabilidade econômica. Não pode ser interpretada, pois, de modo a inviabilizar a adoção de planos econômicos como os examinados. Nesse sentido, é preciosa a lição da eminente Ministra Carmen Lúcia, que, após destacar, em trabalho acadêmico, a impropriedade da análise exclusivamente jusprivatista do direito adquirido, arremata: “O princípio do direito adquirido não pode constituir entrave às mudanças da sociedade através de comandos jurídicos próprios e legítimos, não pode petrificar uma situação fática ou jurídica, fazendo do direito, não um instrumento assegurador da dinâmica social civilizada, mas um engenho de manutenção de situações irremediáveis e privilegiadoras de pessoas e grupos em detrimento do todo social”.³²

87. Veja-se que impor aos contratos firmados no período inflacionário novos critérios de correção monetária que os adaptassem à nova realidade econômica, advinda de uma ação governamental alheia às partes credora e devedora, não era uma opção entre outras possíveis de combate à inflação; era, antes, medida da qual não se poderia escapar. Ora, todos os planos em foco, sem exceção, e inclusive o Plano Real, passaram, necessariamente, pela adoção de medidas da espécie,³³ pelas razões já explicadas a montante.

32/ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. “O princípio do direito adquirido no direito constitucional”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, out.-dez., 1989, ano 85, v. 308, p. 11.

33/ Quanto ao Plano Real, especificamente, como já referido, discute-se, na ADPF nº 77-7, a validade desse tipo de medida deflacionária em face da mesma cláusula de inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

88. Ou seja, impedir a incidência de regras defladoras sobre contratos em curso significa, necessariamente, impedir a contenção da inércia inflacionária, o que, a toda evidência, seria de uma absoluta insensibilidade para com diversos preceitos constitucionais, *rogata maxima venia*. Portanto, uma interpretação da inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito que levasse a tal destino não seria, certamente, a mais adequada, sob a égide do basilar princípio da proporcionalidade.

89. Como referido, alterações no padrão monetário devem implicar, necessariamente, a adoção de novos índices inflacionários. Afinal, como os contratantes não poderiam, antecipadamente, profetizar a edição de um plano modificador do padrão monetário sob o qual se deu a contratação, não há dúvida de que o credor não teria como afirmar qual o índice de correção monetária a ser efetivamente praticado, antes do vencimento da obrigação, que só viria a ocorrer após a edição do plano.

90. Vê-se, pois, que sequer faz sentido pugnar por pretensão direito adquirido a determinado índice, futuro, incerto e alterável ao arbítrio de outrem, o Governo, já que, antes de sua ação planificadora sobre a realidade econômica subjacente à história da relação contratual, tem-se apenas, e quando muito, mera expectativa de direito: a expectativa de que se possa contar com um índice de correção que, espera-se, neutralize – note-se bem o termo – uma progressão inflacionária pressuposta, evitando que distorça o sinalagma contratual no vencimento da obrigação. Mas, mesmo como expectativa – cabe anotar –, a representação desse ou daquele índice determinado, futuro e incerto na celebração do contrato, chega a ser duvidosa, visto que não se tem como nutrir expectativas contratuais

em torno do que sequer diz respeito ao contrato em si, concernindo, antes, ao regime jurídico da moeda.

91. Em outros termos, a pretensão à manutenção de determinado índice após um plano nem sequer constitui mera expectativa **de direito**. Constitui, na verdade, mera expectativa **de fato**, e de caráter econômico: a expectativa inflacionária inercial.

92. Assim, considerada a característica futura e incerta do índice contemplado na cláusula acessória de correção monetária inserida nos contratos firmados no curso de um processo inflacionário inercial, poder-se-ia vislumbrar a escolha

do índice como um elemento acessório da relação negocial posto sob condição resolutiva tácita: a condição expressa numa necessária cláusula *rebus sic stantibus*, no que concerne à manutenção do ambiente macroeconômico captado pelo índice escolhido no momento da contratação. Afinal, as cláusulas de indexação, bem como sua alteração governamental pela implementação dos planos, visam à neutralidade por definição e apresentam eficácia claramente declaratória, já que se ancoram não na vontade das partes de constituir autonomamente obrigações recíprocas, mas no dado de realidade da macroeconomia, heteronomamente externo às partes e ao seu contrato.

93. Outra objeção comumente invocada contra a constitucionalidade e legitimidade das normas que disciplinaram os planos econômicos, em decisões judiciais que lhes negam aplicação, é a alegação de suposta ofensa ao ato jurídico perfeito. O argumento, todavia, não prevalece. É necessário apreciar a questão, no mínimo, à luz da teoria da imprevisão, na linha do que foi considerado na seguinte passagem do voto condutor do precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça consubstanciado no julgamento do Recurso Especial nº 82.574-SP:

A Lei 8.177/91, ao determinar a aplicação de um deflator às obrigações contratadas com correção pré-fixada, apenas tratou de expungir dos contratos firmados ao tempo de uma inflação alta, o quantitativo previsto para desvalorização futura da moeda, uma vez que o plano econômico implantado pela nova lei pretendia eliminar a inflação. O fato superveniente da elaboração desse plano e das novas condições do mercado nele previstas autorizavam o legislador a estabelecer, através de lei, a necessária modificação das cláusulas contratuais, firmadas anteriormente a essa verdadeira “alteração objetiva da base do negócio”. Ainda que não surgisse a lei, o juiz poderia ser provocado a revisar o contrato, como uma exigência do princípio da equivalência das prestações, pois seria injusto que uma das partes fosse obrigada a efetuar uma prestação calculada em razão de um fato que deixou de acontecer, tornando-a excessivamente onerosa, com enriquecimento indevido da contraparte. (STJ, 4ª T., REsp nº 82574/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11/3/1996, DJ 20/5/1996, p. 16.718, voto condutor, sem grifos no original).

94. Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Min. Teori Albino Zavascki, em voto-vista proferido no julgamento do Recurso Especial

nº 663.781-RJ, salienta ser correta a compreensão de que as leis de ordem pública também devem respeitar o princípio da irretroatividade, não se podendo confundir retroatividade, não obstante, com incidência imediata de lei nova. Fundado nas autorizadas lições doutrinárias de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o eminente Ministro destacou o desacerto de quem invoca direito adquirido em matéria de regime monetário:

“Teria sentido”, pergunta ele [Celso Antonio Bandeira de Mello] “alguém pretender se opor à alteração das regras do imposto de renda, arguindo direito adquirido àquelas normas que vigiam à época em que se tornou contribuinte pela primeira vez? Teria sentido invocar direito adquirido para obstar a aplicação de novas regras concernentes ao serviço militar, argumentando que o regime vigorante era mais suave quando convocado completou 18 anos? Acaso poderia um funcionário, em nome do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, garantir para si a sobrevivência das regras funcionais vigentes ao tempo em que ingressou no serviço público, quais as concernentes às licenças, adicionais etc.? Seria viável alguém invocar direito adquirido a divorciar-se, se a legislação posterior a seu casamento viesse a extinguir esse instituto jurídico? Ou, reversamente, teria direito adquirido à indissolubilidade de vínculo se lei nova estabelecer o divórcio? É meridianamente claro o descabimento de resistência a tais alterações. Elas colhem de imediato os indivíduos inclusos nas situações gerais modificadas. Salvo hipóteses adiante explanadas, inexistente a intangibilidade reconhecida para as situações individuais. [...] 13. É nítido o *discrimen* entre ambas as espécies de situações jurídicas e igualmente nítida a imediata aplicação das modificações que incidam sobre as situações gerais, ao contrário do que se passa com as subjetivas” (Ato Administrativo e Direito dos Administrados, RT, 1981, págs. 106-111). (STJ, 1ª T., Recurso Especial nº 663.781-RJ, Rel. Min. Teori A. Zavascki, j. 1º/3/2005, DJ 25/4/2005, por maioria, trecho do voto condutor).

95. Em suma, pode-se encerrar este tópico ressoando resoluta constatação: o verdadeiro significado constitucional da intangibilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, à luz de ampla e uníssona jurisprudência da própria Corte Suprema, longe de afastar, exige a aplicação dos mecanismos deflatores previstos na legislação que instituiu e disciplinou os planos econômicos editados entre 1986 e 1994, quando finalmente a sociedade brasileira logrou relativa estabilização de

sua moeda.³⁴ Interpretação diversa, portanto, descumpre, a pretexto de resguardar, aqueles preceitos fundamentais, afrontando, ainda, os que conferem competência à União para a disciplina do sistema monetário-financeiro.

II.2.2 Segurança jurídica

96. Sob o prisma mais amplo da segurança jurídica, a que serve como mecanismo de proteção a garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, desponta ainda mais clara a validade constitucional das normas que implementaram os planos econômicos examinados.

97. Estar seguro, afinal, é manter-se livre do perigo em uma relação que se deseja estável (estabilização das relações sociais). Estar seguro, do ponto de vista jurídico (segurança jurídica), é manter-se protegido do perigo de mudanças advindas do próprio direito. O contraponto da mudança, sob tal ótica, seria, então, a manutenção ou estabilização de uma relação jurídica.

98. Indaga-se, pois, se a alteração legal do regime e padrão monetário, com repercussões imediatas sobre contratos em curso, poderia ser entendida como fator de violação ao princípio da segurança jurídica. Em outras palavras, busca-se responder se os contratos devem ser mantidos exatamente da mesma forma como originalmente pactuados, independentemente da alteração do regime jurídico monetário em cujo contexto foram concebidos.

99. Quanto a esse aspecto, impende notar que a segurança está umbilicalmente ligada à estabilização de expectativas recíprocas. Quando há um negócio jurídico, há expectativas de parte a parte que podem sofrer influxo não esperado de mudanças extraordinárias do ambiente econômico, sejam elas decorrentes da própria dinâmica do mercado ou de intervenções estatais.

100. Assim, num contexto de progressão inflacionária inercial, o mecanismo de segurança jurídica – porque previsto em lei – passou a ser a correção monetária, instituída, ainda que sem se considerar seus nefastos efeitos colaterais, com vistas a neutralizar os reflexos da inflação sobre o sinalagma contratual, é dizer, sobre

34/ Repise-se que, assim como na presente ADPF nº 165-0, discute-se também, nos autos da ADPF nº 77-7, especificamente quanto ao Plano Real, de 1994, a validade de medida deflacionária em face da mesma cláusula de inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

a estrutura de expectativas recíprocas desenhada pela vontade livre e consciente das partes. Portanto, mediante a correção, buscava-se o equilíbrio dos ônus contratuais, sob pena de, em assim não se procedendo, locupletar-se o devedor. Afinal, de um ponto de vista estritamente intracontratual, a inflação, ausente um mecanismo de correção monetária, “acarreta, na prática, frustração e prejuízo para os credores, quando vêem desvanecerem as suas legítimas previsões de receber, ao final, as quantias a eles devidas com poder aquisitivo similar ao que ostentavam no momento em que foram constituídas as obrigações”³⁵

101. Situação inversa aflora, como já explicado, quando a expectativa inflacionária embutida pelas partes no contrato acaba por não se verificar de fato, o que ocorre quando há a edição do plano econômico, com redução brusca e inesperada da progressão inflacionária inercial. Nessa situação, a segurança jurídica é preservada justamente pela aplicação de mecanismos deflatores (v.g., tablitas), como ressaltado, inclusive, nos diversos precedentes jurisprudenciais já referidos.

102. Portanto, ainda que se pudesse, por absurdo, enxergar na cláusula da inviolabilidade do direito adquirido uma faculdade do credor de manter, mesmo em detrimento do devedor e ao arrepio da lei, índices aceitáveis por este somente no contexto anterior ao plano econômico, ter-se-ia de, ponderando princípios, valorizar não uma interpretação distorcida da garantia inserta no art. 5º, XXXVI, da Constituição, mas, antes, o princípio fundamental a que esta deveria servir como mecanismo de proteção: o da segurança jurídica, ínsito à própria noção de Estado de Direito (“Estado da não surpresa”) consagrada logo na cabeça do primeiro artigo da Carta Constitucional de 1988. Ora, o direito adquirido é expressão do princípio maior da segurança jurídica e, por isso, não pode contrariá-lo.

103. Veja-se, ademais, que, além de desequilibrar de modo surpreendente o equilíbrio contratual originário, a mencionada interpretação distorcida do direito adquirido implica afronta ainda mais rasteira ao princípio da segurança jurídica, a saber, o desrespeito manifesto à legalidade estrita preconizada pelo princípio do nominalismo monetário. Afinal, sem a referência uniformizadora da lei quanto ao valor da moeda, deixa-se a consistência de suas funções ao sabor

35/ JANSEN, Letácio. O que fazer com a indexação brasileira?. In: *Introdução à economia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 99.

da disputa entre uma infinidade de indexadores e de interesses diversos dos atores do mercado, com enormes prejuízos, no médio e no longo prazo, para a sua própria sistematicidade. Como ressaltado pela doutrina, se “o valor não fosse o legal, mas o de câmbio, ter-se-ia implantado a incerteza em todas as relações jurídicas tendo por objeto prestação pecuniária”.³⁶ A jurisprudência do Supremo, por seu turno, nas palavras do eminente Ministro Eros Grau, já destacou que o “rompimento da regra do nominalismo instala a insegurança nos mercados”.³⁷

104. Presentes essas considerações, vê-se que as normas disciplinadoras dos planos econômicos, ao criarem mecanismos deflatores aplicáveis às relações em curso, não cuidaram senão de manter fidelidade ao indeclinável princípio da segurança jurídica, promovendo necessária adaptação das expectativas recíprocas das partes contratantes a um novo ambiente econômico e ao império da lei.

II.2.3 Distorção retributiva e distributiva

105. Sob outra perspectiva, impende reconhecer o atentado aos princípios de justiça retributiva e distributiva que se perpetraria com a manutenção, em novel regime monetário, de indexadores concebidos em contexto inflacionário pregresso. O primeiro tipo de injustiça não é senão o já deveras explicado desequilíbrio contratual causado pela subversão dos mecanismos de correção – neutros por definição – em fatores de ganho real, de enriquecimento sem causa.

106. A distorção mais grave, porém, porque prejudicial a toda a sociedade, é a que desfigura a proporção entre a proteção conferida ao interesse de determinados agentes econômicos em particular e aquela dispensada aos interesses maiores de todos os membros da sociedade no êxito de uma política pública de estabilização da moeda, bem comum por excelência, e de importância capital.

107. Explica-se. Ao se considerar obstada a aplicação de regras de adaptação dos contratos em curso ao novo ambiente macroeconômico advindo de um plano de estabilização da moeda, sob o pálio de uma interpretação equivocada do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, inviabiliza-se, em homenagem

36/ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 74.

37/ STF, Pleno, AO nº 1157-4/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2006, DJ 16/3/2007, p. 21, trecho de voto vogal.

à pretensão de agentes econômicos em particular, a política de estabilização adotada. Afinal, como já descrito, o respeito às regras defladoras de transição desponta como condição imprescindível à eficácia do plano, porquanto seja imperioso evitar a contaminação do novo cenário com as expectativas próprias do anterior, sementes de inevitável progressão inercial dos preços.

108. Evidentemente, uma vez que este ou aquele agente econômico obtenha, por via jurisdicional, a chancela do trespasse de suas expectativas inflacionárias para o novo regime, outros lhe seguirão. Então, no agregado, a política de estabilização, como um todo, acabará por “fazer água”, por força da atuação antissistêmica de uma jurisdição de processos subjetivos, consagradora de verdadeira judicialização descoordenada da política econômica, a reboque do voluntarismo de muitos e muitos juízes e tribunais.

109. Veja-se que, mesmo que sejam poucos os agraciados com o “passe-livre” jurisdicionalmente concedido a suas extemporâneas expectativas, tem-se o grave problema do privilégio: proteção antirrepublicana e antidemocrática de um “direito” não universalizável, porquanto insustentável diante das interações e consequências de seu exercício no sistema econômico. Nesse caso, há o que se convencionou chamar de *free riders*, os “caronas”, que, furtando-se dos ônus do empreendimento coletivo, não lhes dispensam, todavia, os correspondentes e agradáveis bônus.

110. Por outro lado, se houver muitos beneficiários da indulgência jurisdicional antes referida, ter-se-á, então, um total comprometimento da eficácia da política pública consubstanciada no plano de estabilização monetária. Nesse caso, o que se dá é a denominada “tragédia dos comuns”: resultado péssimo amargado por todos os que, agindo egoisticamente, em detrimento do todo, com vistas a obter ganhos comparativos imediatistas, acabam por destruir o bem comum do qual dependeriam.

111. Em todo caso, numa ou noutra hipótese, ter-se-á perpetrado fragorosa injustiça distributiva,³⁸ descumprindo-se preceito fundamental, o da justiça,

38/ Cf., a propósito da importância da justiça distributiva para a disciplina jurídica da regulação do sistema monetário-financeiro, VASCONCELOS, Rafael Bezerra Ximenes de. “Justiça distributiva: um valioso referencial para a disciplina jurídica da regulação financeira”. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central – Cejur, dez. 2007, ano 1, v. 1, p. 23-51. Disponível no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil: <http://www.bcb.gov.br/PGBCB/revista_pgbc_vol1_n1_dez2007.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2009.

que, ao menos em muitas das constituições ocidentais,³⁹ constitui, para além ou para aquém de um ideal ético, verdadeiro imperativo jurídico-positivo (*vide* arts. 3º, III, e 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988). Isso se reveste de especial gravidade em se tratando de uma política pública de combate à inflação, uma vez que, como visto, tal fenômeno tem, já de *per si*, como um de seus principais efeitos, precisamente o de promover perversa distorção distributiva em desfavor das classes menos favorecidas.

112. Demais disso, não se pode olvidar que os mecanismos deflatores contemplados nas normas a que se reporta a presente arguição foram estabelecidos para diversos tipos de relações obrigacionais (aluguéis, aplicações financeiras, financiamentos, salários etc.). Assim, conforme se figurasse como credor ou devedor, tomando parte nesses diversos tipos de relação com que, em geral, se envolvem os agentes econômicos, os mecanismos deflatores seriam percebidos de modo bem diferente.

113. Tomadores de crédito imobiliário, por exemplo, que se valeram da aplicação desses mecanismos sobre contratos de financiamento que celebraram antes da edição de planos econômicos, certamente não reclamaram dos deflatores, em virtude dos quais se evitou o enriquecimento sem causa de instituições financeiras às suas custas. Já investidores, credores dessas mesmas instituições, sentiram-se frustrados, por força da aplicação dos aludidos mecanismos, com a eliminação de vistosos ganhos nominais para os quais apontavam as regras vigentes antes da edição dos planos.

114. Desvelada a assimetria de percepções que se exemplifica com a situação diametralmente oposta desses dois tipos de agentes econômicos (tomadores de empréstimo imobiliário e poupadores), bem se nota, sob mais esse prisma, o tipo de distorção que se vem apontando, especialmente impactante em relação a instituições financeiras. Estas, afinal, por força de seu papel de intermediadoras de recursos, travam grande volume de relações tanto como credoras quanto como devedoras. Assim, conceder aos credores desse tipo de instituição (poupadores, *e.g.*) o favor com que a lei não agraciou os créditos da própria instituição para com seus devedores (mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, *v.g.*)

39/ *Vide, e.g.*, Portugal, arts. 7º, 2 e 5-7, 20º, 1, e 81º, b; Espanha, arts. 1 e 117; Itália, art. 11. As primeiras palavras da carta constitucional espanhola, aliás, são justamente: “*La Nación española, deseado establecer la justicia...*”. As da norte-americana, por seu turno, na mesma linha, ressaltam: “*We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice...*”.

acarreta, inevitavelmente, a absorção, pelo sistema, do prejuízo decorrente do tratamento assimétrico descrito, o que leva a uma necessária retração do crédito, mediante a cobrança de taxas exorbitantes para sua concessão, com evidentes prejuízos para tomadores de empréstimos, à custa dos quais, portanto, acabaria por se dar, em última análise, o enriquecimento sem causa dos poupadores. Vale dizer, o prejuízo seria do Sistema Financeiro Nacional, bem comum ligado ao “desenvolvimento equilibrado do País” e aos “interesses da coletividade” (art. 192 da Constituição Federal); sistema esse que não se confunde com a figura dos empresários que nele atuam e que, portanto, não deveria despertar, quanto à apreciação de suas questões – de ordem pública –, a mesma reserva com que comumente são avaliados os interesses particulares daqueles empresários.

II.2.4 Estabilidade monetária como condição de possibilidade primacial para a efetivação de diversas normas constitucionais

115. Muito se discute acerca do atual déficit de eficácia das normas constitucionais. A discussão não é recente, sendo direcionada muitas vezes ao Poder Público, que tem a obrigação de transformar texto em concreção normativa.

116. Para que a Constituição não seja uma mera “folha de papel”, na expressão consagrada por Lassalle, exige-se dos órgãos instituídos uma atuação positiva que confira vida e sentido efetivo aos comandos constitucionais.

117. Ora, eficácia nada mais é que a capacidade de produzir resultados pretendidos pela norma, fruto da interpretação de textos e fatos. Há, todavia, diversos preceitos constitucionais que sequer poderão surtir efeitos minimamente consistentes se houver um quadro de agudeza inflacionária.

118. Algumas normas constitucionais oferecem emblemático exemplo do que se vem sustentando. É o caso, por excelência, do art. 3º da Constituição Federal de 1988. Como se poderia “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “garantir o desenvolvimento nacional”; “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; “promover o bem de todos”, enfim, em um ambiente econômico erosivo das funções da moeda?

119. Como visto, desde a Antiguidade Clássica, a filosofia aristotélica já vinculava à funcionalidade da moeda até mesmo a possibilidade de realização da justiça.⁴⁰

120. Em síntese, quando a moeda perde a sua função, perde-se também a chance de concretizar normas constitucionais, não apenas as programáticas, mas aquelas que, de acordo com expressa previsão, hão de possuir aplicabilidade imediata, a exemplo de diversos direitos fundamentais.

121. O que dizer do direito à liberdade, como construção da autonomia da vontade, em um ambiente inflacionário que potencializa desigualdades sociais e desequilíbrios contratuais? Ser livre não é tão-somente ser capaz de, diante de opções, fazer escolhas. Antes, pressupõe a livre formação da vontade que se visa expressar. E essa livre formação da vontade ou personalidade apenas se entremostra viável na medida em que o Estado atue para viabilizar condições mínimas de racionalidade para as interações sociais cooperativas ou, ao menos, de (sobre) vida aos seus cidadãos. Afinal, de nada adianta ser livre se o indivíduo não possui condições materiais para comprar seu vestuário ou seu alimento (inclusão). Em um ambiente inflacionário, pois, o que se impõe ao Estado é a busca incessante da manutenção do valor intrínseco da moeda, com vistas a preservar seu poder de compra e seu papel como referência de valor para boa parte das interações sociais. Afinal, a crescente corrosão salarial pela inflação, para citar apenas um aspecto mais sensível, compromete severamente o pleno exercício de direitos fundamentais à vida, à igualdade e à liberdade.

122. À vista de tais razões, não há como desconsiderar as inegáveis conexões jurídicas entre normas que instituem planos de estabilização monetária e a efetividade da Constituição, viável, como referido, apenas em meio a um ambiente macroeconômico propício ao desenvolvimento da nação e ao gozo de direitos fundamentais por seu povo.

123. Nesse passo, bem se vê que planos econômicos apontam justamente para a concreção dos ditames da justiça social a que se reporta o art. 170 da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a

40/ Vide parágrafo 7 *supra*.

todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

124. É indubitável que os planos econômicos constroem “pano de fundo” propício à concretização de direitos fundamentais. Nessa linha, Nusdeo, ressaltando os efeitos do Plano Real, já lembrou, a respeito, que “em três anos de relativa estabilidade de preços no Brasil, [houve] indícios estatísticos de melhora no padrão de distribuição de renda, sabidamente um dos mais desiguais do mundo. Nas seis maiores cidades do país, a população considerada pobre passou de um terço para, aproximadamente, um quarto do total”.⁴¹

125. Outrossim, já se salientou o relativo sucesso dos planos anteriores ao Real, como se vê da seguinte reportagem da Folha de S. Paulo, que bem retrata a realidade pós-intervenção exógena do Estado sobre a economia, no que diz respeito à redução da pobreza no Brasil:

Na época do Plano Cruzado, o controle de preços que resultou na redução temporária da inflação fez também cair a proporção de pobres, que chegou a 23,7% em 1986. Mas, com a volta da inflação já em 1987, o percentual voltou para a casa dos 30%. Um dos motivos dessa piora, segundo o trabalho, [referência a estudo da economista Sônia Rocha, da Fundação Getúlio Vargas], é o fato de a renda ter ficado estável de 1981 a 1990 devido à instabilidade econômica e à deterioração do mercado de trabalho.

Uma nova melhora na pobreza só voltou a acontecer nos primeiros anos do Plano Real – o número de pobres caiu de 30,4% em 1993 para 20,6% em 1995. [...]

Rocha destaca que o Real melhorou a renda especialmente das parcelas mais pobres da população. O motivo é a chamada “âncora verde” (o comportamento moderado dos preços dos alimentos).⁴²

126. Andréa Queiroz Fabri é expressa ao afirmar que a estabilidade monetária não se persegue com outro fim que não o de fazer valer a dignidade da pessoa humana e a concretização dos direitos fundamentais, *verbis*:

41/ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*: introdução ao direito econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 309.
42/ “ANOS 70 e Real fazem pobreza despencar, diz estudo”. *Folha de S. Paulo*, 5/9/2004, caderno Dinheiro, sem grifos no original.

A estabilização econômica, sob este enfoque, deve ser efetivada pelo incentivo do setor privado a partir das políticas públicas, em especial, as tributárias. Tal estabilidade não se alcança com um único objetivo, nem sequer com um plano não planejado, que não observe o relevante fundamento constitucional de dignidade humana por meio da concretização dos direitos fundamentais. [nota de rodapé 41: “MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 401. Ainda o mesmo autor: “Note-se que no cômputo dos custos orçamentais entram considerações sociais e políticas que se não podem frequentemente exprimir em valores pecuniários.” Nota 2, p. 400”].⁴³

127. A autora destaca, ainda, quanto ao papel da estabilidade monetário-financeira para a efetivação de preceitos constitucionais, o seguinte:

A utilização racional dos recursos financeiros é mister para a concretização dos objetivos econômico-constitucionais. Para isso se considera fim do Sistema Financeiro Nacional o desenvolvimento equilibrado do país, a atender aos interesses da coletividade, pelo planejamento, que deve observar os princípios norteadores da ordem econômica.⁴⁴

128. Em suma, percorrido o caminho que traz até este ponto da presente manifestação, já não se pode – seja pela adequada compleição conferida à cláusula da inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito pela firme jurisprudência constitucional da Corte Suprema; seja pela própria compreensão da mecânica das transições de regime monetário promovidas pelos planos; seja em homenagem ao preceito maior da segurança jurídica; seja por princípios de justiça retributiva e distributiva; seja, enfim, pelas intrínsecas conexões entre a efetividade da Constituição e os programas de combate à inflação, impossíveis sem a disciplina de transição monetária referida – desconsiderar a flagrante discrepância entre o efetivo conteúdo jurídico da Constituição e a leitura jusprivatista e descoordenada de preceitos constitucionais fundamentais, leitura essa perpetrada por aquelas decisões judiciais que negam aplicação às

43/ FABRI, Andréa Queiroz. *Responsabilidade do Estado: planos econômicos e iniciativa privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 57-58, sem grifos no original.

44/ FABRI, op. cit., p. 128, sem grifo no original.

normas que instituíram e disciplinaram os planos de estabilização da moeda implementados entre as últimas duas décadas do século passado.

III – REPERCUSSÕES SOCIAIS DO JULGAMENTO

129. A primeira e a mais importante consequência de um julgamento, notadamente quando proferido pela mais alta Corte de um país, no desempenho do elevado mister jurisdicional de controlar de forma concentrada, em sede de processo objetivo, a constitucionalidade das leis, é a mensagem que deixa para o futuro. Considerá-la é de rigor, à luz da interpretação teleológica exigida pelo art. 11 da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e mesmo por força do próprio sentido finalístico da jurisdição constitucional.

130. Assim, já presente a ampla avaliação retrospectiva do caso, empreendida nos tópicos precedentes, pode-se passar, agora, a esse exame prognóstico do que essa Corte Suprema vier a decidir no caso vertente.

131. Nesse sentido, é bem de ver que, eventual julgamento pela improcedência da arguição, inibirá, por sem dúvida, futuras intervenções estatais nos mercados com vistas à estabilização macroeconômica. Em suma, transmitir-se-á a futuros governantes mensagem no sentido de que, à vista de crises inflacionárias, não lancem mão de políticas que, para o seu sucesso, dependam da incidência de mecanismos deflatores de transição sobre contratos correntes.

132. Isso, além de manietar competências constitucionalmente conferidas à União (arts. 21, VII, 22, VI e VII, e 48, XIII e XIV, da Constituição Federal), privará a população da ação política que, ainda quando não compreendida de modo mais imediato em sua mecanicidade, é absolutamente imprescindível à persecução de seus mais legítimos anseios, objeto de generosas promessas constitucionais que simplesmente não podem ser ignoradas pelos agentes políticos.

133. Bem se sabe, notadamente numa Corte Constitucional, quantas vezes atuações contestadas por clamores de multidões do instante, justamente por se louvarem no fiel cumprimento da Constituição, devem, sem embargo, ser resguardadas do imediatismo da irresignação momentânea, em prol de interesses últimos da própria população. Daí a relevância da tarefa que se coloca para Vossas Excelências, bem sintetizada na pena da escritora sul-africana, Nobel

de literatura, Nadine Gordimer: “[...] é a sede do Tribunal Constitucional. Ali funciona a antítese da confusão e desorientação da mente febril: é o lugar do mais elevado patamar da justiça ponderada [...]”⁴⁵

134. Nessa linha de ideias, declarar inconstitucionais normas que instituíram e disciplinaram os necessários planos editados entre 1986 e 1991 seria, em última análise, desgarnecer atuação política responsável.

135. Veja-se que os tempos de relativa e benfazeja estabilidade que se tem experimentado desde a edição do Plano Real, ponto culminante da política de planos trilhada entre as últimas duas décadas do século passado, não podem ser considerados como conquista definitiva e eterna. Trata-se, sabe-se, de obra em construção e sujeita a riscos os mais diversos. Como já alertou Galbraith, “a história da moeda revela duas tendências altamente seguras. Após uma experiência recente com a inflação, as pessoas preferem preços estáveis e, tendo longa experiência com preços estáveis, tornam-se indiferentes ao risco de inflação”⁴⁶

136. Por tal razão, esforços políticos inequívocos no combate a crises inflacionárias ainda podem vir a se mostrar necessários, sendo de suma importância que o sentido assentado pela Suprema Corte para a Constituição, obra jurídica concebida para durar, não iniba o Poder Público de agir.

137. Ademais, cogitada a hipótese de decisão pelo não conhecimento da presente arguição, ter-se-á de encarar inevitável e grave consequência: o número de processos judiciais que sobrecarrega a máquina jurisdicional continuará aumentando, mantendo-se a paralisadora necessidade de se lidar com milhares e milhares de processos subjetivos envolvendo as mesmas questões constitucionais, mas chegando a desfechos diametralmente opostos.

138. Isso, por óbvio, continuará comprometendo, nos aspectos qualitativo, quantitativo e, portanto, de razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), o valor social das decisões judiciais. Poder-se-ia, até mesmo, traçar um paralelo entre o fenômeno da inflação monetária e o que se poderia designar como uma espécie de “inflação jurisdicional”, caracterizada pela perda progressiva do valor da figura da decisão judicial, em razão do comprometimento de funções suas como a de pacificar conflitos e servir como referência de valor ético para as condutas dos diversos agentes econômicos. O

45/ GORDIMER, Nadine. *A arma da Casa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 165.

46/ GALBRAITH, John Kenneth. *Moeda: de onde veio, para onde foi*. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 52.

componente inercial, para manter a metáfora, seria o fruto da antecipação de expectativas negativas, por parte dos jurisdicionados, em relação à coerência e à eficiência do sistema de entrega da justiça. O resultado, por óbvio, seria a progressão exponencial da desvalorização dos julgados – ou, pelo menos, um retrocesso no processo de valorização do precedente judicial que tem tomado curso nos últimos anos –, induzida pela proliferação crescente de atitudes defensivas das partes, materializadas na propositura de inúmeras ações frívolas, notadamente às vésperas do decurso de prazos prescricionais, no intuito de aventurar ganhos numa espécie de loteria judicial.

139. São deveras elucidativas, a propósito, estas conscienciosas manifestações de membros dessa Corte Suprema:

Temos enfrentado, não apenas esse tribunal mas todo o sistema judiciário tem enfrentado isso que você chama de **questões de massa**. Elas derivam também daquele período de altíssima inflação que vivemos. Então, num momento em que a moeda tinha valores diferentes de manhã e à tarde, realmente tudo isso virou de cabeça para baixo. [...] Hoje, felizmente, temos níveis toleráveis de inflação tudo isso torna-se mais fácil. No entanto, o que acontece é que o **sistema judiciário guardou consigo e tem, nas suas prateleiras, o que eu chamo de uma verdadeira bolha, o restante de todas essas demandas relativas a planos econômicos**, relativas a reajustes de toda a sorte e isso terá que ser tratado de maneira adequada, me parece, através de dois mecanismos: súmula vinculante, onde ela for cabível, e a questão da repercussão geral. Eu acho que são dois instrumentos que o Congresso Nacional colocou nas mãos do Poder Judiciário realmente para poder **eliminar essas chamadas demandas de massa**. Com a boa utilização desses mecanismos é possível que num tempo relativamente curto nós **vençamos esta bolha de demandas**. E, a partir de então, **possamos trabalhar num regime de tranquilidade**.⁴⁷

Qualquer outro meio para sanar a lesividade não surge eficaz, somente servindo ao surgimento de **milhares de processos** cujo desfecho é projetado no tempo, com **sobrecarga da máquina judiciária** e enorme **instabilidade das relações jurídicas**. Eis o importante papel, no que tange à paz social, atribuído ao Supremo, que não pode ficar a reboque

47/ Manifestação da Ministra Ellen Gracie por ocasião de entrevista coletiva que concedeu em 28/4/2006, logo após sua posse como presidente do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=66848&caixaBusca=N>>. Acesso em: 27/3/2009, sem grifos no original.

na definição do alcance da Carta da República. Digo mesmo que a Corte há de estar sempre propensa a examinar os grandes temas nacionais, contando, para tanto, com a competência de julgar os processos objetivos. O grande número de demandas individuais, o vulto do varejo não pode servir a posicionamento esvaziador da atividade precípua que lhe é reservada constitucionalmente – de guarda da Lei Fundamental – e da qual não deve e não pode despedir-se. Tudo recomenda que, em jogo matéria de extrema relevância, haja o imediato crivo do Supremo, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.⁴⁸

140. Para se ter uma ideia do volume de demandas, ainda estão em curso no Poder Judiciário 10.913 (dez mil, novecentos e treze) processos, referentes aos Planos Collor I e II, tendo como demandado o Banco Central do Brasil⁴⁹ – e isso, em que pese à matéria já estar sumulada pela Corte Suprema em favor da autarquia (Súmula nº 725). Esses números, oportuno frisar, não incluem as muitas ações propostas, com a mesma questão de fundo, exclusivamente contra as instituições financeiras,⁵⁰ havendo ainda aquelas ajuizadas contra a União.

141. E não é só. O assombroso volume de processos impede o exercício adequado das funções de Corte Constitucional a cargo do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, na qualidade de Tribunal Constitucional, a Suprema Corte exerce funções estruturante e de enunciação e interpretação constitucional.⁵¹

48/ Voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF nº 46-7/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=65055&caixaBusca=N>>. Acesso em: 31/3/2009, sem grifos no original.

49/ Tal informação, apurada mediante consulta ao Sistema BCJUR, do Banco Central, foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal pela autarquia nos autos da Proposta de Súmula Vinculante nº 11-3/DE, por meio da qual se procura conferir efeito vinculante ao enunciado da Súmula nº 725 da Corte Suprema, justamente em razão de controvérsias ainda existentes em torno da constitucionalidade da Lei nº 8.024, de 1990 (Plano Collor I).

50/ Com a finalidade de ilustrar o número de processos propostos contras as instituições financeiras, pode-se fazer referência aos dados estipulados pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif). Levantamento realizado em apenas 11 (onze) instituições financeiras revelou que havia, em meados de 2008, cerca de 515.000 (quinhentas e quinze mil) ações individuais relativas à atualização das contas de poupança dos diversos planos econômicos. Os dados são referentes aos Planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II. A informação consta na inicial desta arguição.

51/ A função estruturante revela-se quando o tribunal “promove a adequação lógica e a harmonização formais do ordenamento jurídico, consoante sua lógica interna e seus próprios comandos relacionados à estrutura normativa adotada” (TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 253). Já a função de interpretação e enunciação refere-se à construção da norma constitucional a ser aplicada no julgamento a partir de seu enunciado. Cf., sobre as funções do Tribunal Constitucional e os conceitos aqui articulados, TAVARES, op. cit., p. 185-338.

No entanto, quando o volume de processos chega a níveis muito superiores ao razoável, parte dessa função acaba sendo seriamente prejudicada,⁵² como destacado pelo Min. Marco Aurélio no voto supra transcrito.

142. No mais, também não há como manter dúvidas sérias acerca do impacto de um julgamento pela improcedência da presente arguição sobre a incolumidade do Sistema Financeiro Nacional, interesse público confiado, sob a égide do art. 192 da Constituição Federal, às atribuições legais desta autarquia, tanto quanto a defesa da moeda, à luz do art. 164 da mesma Carta de 1988.

143. Assim, justamente em momento de grave crise financeira mundial, em que Governos dos mais diversos países têm-se visto obrigados a injetar volumosos recursos no sistema, a fim de evitar danos ainda maiores a suas populações, seria no mínimo temerário infligir às instituições financeiras um débito da magnitude do que se encontra em jogo neste processo; seria como andar na contramão do momento histórico.

144. Tampouco se deve esquecer o impacto da decisão cogitada sobre bancos públicos, importante patrimônio nacional que, a propósito, tem conferido relevante vantagem comparativa ao Brasil para o enfrentamento da atual crise financeira mundial, especialmente no que concerne à possibilidade de o Governo contrabalançar o processo de contração do crédito privado.

145. As anexas notas, aprovadas, respectivamente, pela Diretoria de Política Econômica do Banco Central e pela Secretaria Extraordinária de Reformas Econômicas e Fiscais do Ministério da Fazenda, precisam alguns números e dados pertinentes fornecidos pela ciência econômica. Sua leitura fornece um panorama das implicações de eventual julgamento pela improcedência da presente arguição sobre diversos interesses públicos.

146. Lançada, nesses termos, alguma luz sobre a teleologia do que se encontra sob julgamento, vê-se claramente, sob mais esse prisma, a oportunidade ímpar

52/ “Cabe anotar, contudo, que parte da função estruturante – assim como da função enunciativa – é por vezes prejudicada pelo excesso de julgamentos submetidos à corte. Nos últimos três anos [2003 a 2005], o STF julgou mais de cem mil processos, o que torna difícil – senão impossível – para os operadores jurídicos extraírem desse volume assombroso de julgamentos qual é o sentido que o tribunal confere à Constituição.

O volume de julgamentos é ainda capaz de gerar uma segunda crítica: torna-se cada vez mais difícil que os processos sejam, efetivamente, julgados pelos próprios ministros: são quase dez mil decisões por ministro ao ano. Assim, o STF, provavelmente, aproxima-se de uma situação semelhante à constatada por Nestor Pedro Sagüés na Corte Suprema argentina, onde a maioria dos processos são, em verdade, julgados pelos assessores dos ministros, isto é, são apreciados pela ‘junior court’, como, com agudeza, diz ele.” (ROMAN, Flávio José. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e outros tribunais constitucionais sul-americanos: breve estudo comparado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2007, ano 15, n. 58, p. 71).

que se abre para o País de, com o julgamento desta arguição, colocar finalmente uma “pá de cal” sobre esqueletos insepultos do passado, que teimam em assombrar os horizontes da Nação com ameaças de retrocesso no que concerne à estabilidade do sistema monetário-financeiro, tão arduamente conquistada pelo povo brasileiro.

IV – CONCLUSÃO

147. Forte em todo o exposto, o Banco Central do Brasil espera que se conheça e julgue procedente esta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165-0/DF, para que, pondo-se fim à controvérsia constitucional acerca da validade das normas a que se reporta a ação, se reconheça o descumprimento de preceitos fundamentais perpetrado por decisões judiciais que negam aplicação àquelas normas, que, estabelecendo regras de transição entre regimes monetários, longe de afrontar cláusulas constitucionais como a da inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, lograram, justamente pelo contrário, preservá-las sob a égide de princípios de segurança jurídica, justiça e efetividade das normas constitucionais.

Nesses termos, pede juntada e deferimento.

Brasília, 6 de abril de 2009.

Francisco José de Siqueira

Procurador-Geral

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral

Flávio José Roman

Coordenador-Geral

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

Procurador

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Procurador-Chefe

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 PGBC, pelo endereço revista.pgbc@bcb.gov.br, em arquivo Word ou RTE, observando-se as normas de publicação 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 de trabalhos publicados na Revista da PGBC não fazem jus aos direitos patrimoniais pertinentes a sua criação ou a remuneração de qualquer natureza, sendo, contudo, detentores dos direitos morais de seus trabalhos.
4. CONFIGURAÇÃO DOS TRABALHOS – Os trabalhos enviados devem ser compostos de 10 a 20 páginas, redigidas em fonte Times New Roman tamanho 12, com espaçamento entre linhas simples. Variações para mais ou para menos serão analisadas pelo Conselho Editorial da Revista da PGBC. A configuração das páginas deve observar os seguintes parâmetros:
 - a) MARGENS: superior – 3 cm; inferior – 2 cm; esquerda – 3 cm; direita – 2 cm
 - b) TAMANHO: 210 x 297 mm (folha A4)
 - c) NUMERAÇÃO: a partir da segunda página (considerada a primeira), na margem superior direita
5. TÍTULO – O título do trabalho deve ser escrito no topo da página, com apenas a primeira letra de cada palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de letra minúscula seja obrigatório. O subtítulo do trabalho deve ser escrito com todas as letras em minúscula, salvo nos casos em que o uso de letra maiúscula seja obrigatório (exemplo: “Governança Cooperativa: as funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil”). Título e subtítulo do trabalho devem ser escritos na mesma linha, alinhados à direita, com fonte 16 e negrito.
6. IDENTIFICAÇÃO E TITULAÇÃO DO AUTOR – O nome do autor deve figurar um espaço duplo depois do título do trabalho, alinhado à direita, com fonte 11 e negrito, seguido de asterisco que remeta para nota de rodapé que apresente a formação acadêmica do autor e suas principais atividades.

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 e apresentar número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho, até três níveis, alinhado à direita, a 6 cm da margem esquerda, com fonte 10 e itálico. Veja-se o exemplo a seguir:

1 Introdução. 2 Atividade bancária no contexto da União Europeia. 3 Concorrência no setor bancário. 3.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias. 3.2 Atuação da Comissão Europeia e da Rede Europeia de Concorrência. 3.3 Ações da Comissão Europeia para o fortalecimento da concorrência na área bancária. 4 Conclusão.

8. **RESUMO** – O trabalho deve conter um resumo em português e um em inglês (*abstract*), de 100 a 250 palavras, ressaltando o objetivo, o método, os resultados e as conclusões – não deve discorrer sobre o assunto do trabalho. O resumo deve ser composto de uma sequência de frases concisas e afirmativas, e não de enumeração de tópicos. Sua primeira frase deve explicar o tema principal do trabalho. Deve-se utilizar a terceira pessoa do singular. Devem-se evitar símbolos e contrações cujo uso não seja corrente e fórmulas, equações e diagramas, a menos que extremamente necessários. O resumo em inglês (*abstract*) deve acompanhar-se do título do trabalho, também em inglês, figurando um espaço duplo depois das palavras-chave em português.
9. **PALAVRAS-CHAVE** – Devem ser indicadas 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** – Obedecido o limite de páginas já fixado, o texto deve ser redigido de acordo com os seguintes parâmetros:
- a) **TÍTULOS E SUBTÍTULOS DE SEÇÕES:** Devem ser escritos em fonte *Times New Roman* tamanho 14, em negrito, posicionados um espaço duplo depois das *keywords*, alinhados à esquerda, com recuo de 1,5 cm à esquerda. Escrevem-se apenas com a primeira letra da primeira palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de letra 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* tamanho 12, sem negrito ou itálico, um espaço duplo depois do título da seção ou da subseção, com espaçamento entre linhas simples, com alinhamento justificado e recuo de entrada de 1,5 cm da margem esquerda.
- c) **DESTAQUES:** Destaques em trechos do texto devem ocorrer conforme as seguintes especificações:
- EXPRESSÕES EM LÍNGUA ESTRANGEIRA: itálico (em 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:** As citações devem apresentar-se conforme sua extensão.
- CITAÇÕES COM ATÉ TRÊS LINHAS: Devem permanecer no corpo do parágrafo, entre aspas (apenas 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 4 cm da margem esquerda, com fonte 10, sem aspas e sem itálico;
 - DESTAQUES NAS CITAÇÕES: Os destaques nas citações devem ser informados como constantes do original ou como inseridos pelo copista.
 - > *Destaques do original:* Após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) do autor”, entre parênteses.
 - > *Destaque do copista:* Após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)”, entre parênteses.
 - SISTEMA DE CHAMADA DAS CITAÇÕES: O sistema de chamada das citações deve ser o sistema autor-data. Por esse meio de chamada, em vez de número que remeta a nota do rodapé com os dados bibliográficos da publicação citada e, ainda, em vez de toda a referência entre parênteses, emprega-se o sobrenome do autor ou o nome da entidade, a data e a(s) página(s) da publicação de onde se retirou o trecho transcrito. Vejam-se os 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 exposto no texto:*

[...] nas palavras do próprio 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 exposto 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 exposto 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 exposto 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 devem posicionar-se um espaço duplo depois do fim do texto. O destaque no nome do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser negrito. Ressalte-se que, no caso de publicações eletrônicas, devem ser informados o local de disponibilidade do 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, 2., 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 conforme as normas de publicação e os demais parâmetros relativos à editoração da revista serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias, no prazo estabelecido.
13. A seleção dos trabalhos para publicação será feita pelos membros do Conselho Editorial da Revista da PGBC, conforme previsto em regulamento próprio.



BANCO CENTRAL DO BRASIL



9771982996001 00001