

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 1 – Número 1
Dezembro 2007





BANCO CENTRAL DO BRASIL

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

Volume 1 • Número 1 • Dezembro 2007

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 1 • Número 1 • Dezembro 2007

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

Conselho Editorial da Revista da PGBC

Marusa Vasconcelos Freire, Presidente.
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, Vice-presidente.
Alexandre Magno Fernandes Moreira, membro efetivo.
Lademir Gomes da Rocha, membro efetivo.
Marcus Vinícius Saraiva Matos, membro efetivo.
Tânia Nigri, membro efetivo.
Vincenzo Demetrio Florenzano, membro efetivo.

Comitê Consultivo do Cejur

Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado, Subprocurador-Geral.
Marusa Vasconcelos Freire, Coordenadora-Geral do Cejur.
Marcus Vinícius Saraiva Matos, Consultor Jurídico.

Coordenação-Geral do Cejur e Direção da Revista da PGBC

Marusa Vasconcelos Freire.

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. – Vol. 1, n. 1
(dez.2007) - Brasília : BCB, 2007 -
v. ; 22 cm.

Semestral (junho e dezembro).
ISSN 1982-9965

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

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.pgbcb@bcb.gov.br // cejur.pgbcb@bcb.gov.br

Procuradoria-Geral do Banco Central

Procurador-Geral:

Francisco José de Siqueira

Consultor Jurídico Especial:

João Correia de Magalhães

Consultor Jurídico Especial:

José Maria dos Anjos

Consultor Jurídico:

Marcus Vinícius Saraiva Matos

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Consultoria-Geral:

Ailton Cesar dos Santos

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

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos Administrativos Contenciosos:

Nelson Alves de Aguiar Junior

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Consultoria Monetária e Internacional:

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Contencioso Judicial:

Luiz Ribeiro de Andrade

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

Ronaldo Lins Alves da Cunha

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes:

César Cardoso

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Consultoria Administrativa e Penal:

Arício José Menezes Fortes

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

Maurício Contreiras de Almeida Dourado

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Penal:

Niraldo Faria Baldini

Subprocurador-Geral titular da Chefia do Gabinete do Procurador-Geral:

Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado

Coordenadora-Geral do Centro de Estudos Jurídicos:

Marusa Vasconcelos Freire

Gerente da Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros:

Neuza de Fátima Carvalho

Coordenador-Central dos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral:

Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado

Procurador-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central no Distrito Federal:

Roberto Hidemitsu Yamashiro

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 de Minas Gerais:

João Batista Filho

Procuradora-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado do Paraná:

Liliane Maria Busato Batista

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

Procuradora-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado do Pará:

Ana Leuda Tavares de Moura Brasil Matos

Sumário

Editorial

Apresentação – Marcus Faro de Castro _____	9
Mensagem do Procurador-Geral – Francisco José de Siqueira _____	13

Artigos

Justiça Distributiva: um Valioso Referencial para a Disciplina Jurídica da Regulação Financeira – Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos _____	23
O Estreitamento da Via Difusa no Controle de Constitucionalidade e a Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários – Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Luciano José Pinheiro Barros _____	53
Uma Pedra ao Espelho D’água: o BacenJud no Contexto da Reforma Processual e sua Contribuição para a Efetividade da Prestação Jurisdicional – Fabiano Jantalia _____	77
Imunidades de Bens de Bancos Centrais: a Perspectiva Brasileira – Juliana Bortolini Bolzani e Danilo Takasaki Carvalho _____	107
A Atuação do Poder Judiciário na Solução de Conflitos Inflacionários: uma Crítica ao Discurso Jurisdicional sobre Questões Distributivas – Jáder Amaral Brilhante _____	129

Poder de Regulação do Banco Central do Brasil: Conflito de Interesses e Normas de Conduta – Nilvanete Ferreira da Costa _____ 161

O Dever Legal do Banco Central de Informar a Ocorrência de Crimes e o Poder Requisitório do Ministério Público – Henrique Balduino Machado Moreira _____ 185

Insolvência Bancária: os Regimes Administrativos e o Procedimento Judicial de Falência – Eliane Coelho Mendonça _____ 213

Pronunciamentos

Parecer PGBC-44/2006

(Assunto: informações referentes aos mecanismos utilizados pelo Banco Central do Brasil no exercício de sua competência constitucional para regular a oferta de moeda e a taxa de juros, prevista no art. 164, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.657) – Marcelo Madureira Prates, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e Francisco José de Siqueira _____ 245

Parecer-2005/00474/PGBCB/PR3SP

(Assunto: análise da incidência do sigilo bancário, previsto na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, nas hipóteses de solicitações emanadas de órgãos constitucionalmente investidos de poderes de fiscalização e controle, nos limites de suas competências específicas, quando as operações ativas e passivas realizadas por instituições financeiras envolvam a utilização de recursos públicos, em qualquer das esferas de poder estatal) – Tânia Nigri, João Correia de Magalhães e Francisco José de Siqueira _____ 267

Parecer-2003/00514/Dejur/Gabin
(Assunto: informações referentes ao sistema de solicitação do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil – BacenJud, encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.091) – Luiz Ribeiro de Andrade e Francisco José de Siqueira _____ 309

Petição PGBC-13607/2006
(Assunto: requerimento de ingresso do Banco Central do Brasil na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 77-7, na qualidade de *Amicus Curiae*, a fim de explicitar as razões de fato e de direito que evidenciam a constitucionalidade do art. 38, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.880, de 1994) – Francisco José de Siqueira, Luiz Ribeiro de Andrade e Jáder Amaral Brilhante _____ 327

Normas para publicação de artigos na Revista da PGBC _____ 353

Apresentação

Marcus Faro de Castro

Durante muito tempo, foi aceito o ponto de vista de que a formulação e a administração da política econômica deveriam ser matérias entregues exclusivamente a tecnocratas, apoiados na expertise técnica de especialistas formados em Economia. O campo disciplinar da Economia era visto como a fonte principal – e, em tese, suficiente – de conhecimentos dos quais seria possível derivar as prescrições formativas da política econômica e dos procedimentos de sua implementação.

Contudo, hoje, cresce o consenso em torno da idéia de que a perspectiva econômica necessita ser complementada com outras perspectivas disciplinares e ser combinada, em especial, com a análise **jurídica**. Isso deriva da percepção de que os mercados – financeiros, de trabalho, de *commodities*, de bens de consumo e tantos outros – têm uma estrutura institucional complexa e em transformação constante. A dinâmica de transformações institucionais ocorre a partir das ações e estratégias de grupos de interesse, decisões de autoridades, oscilações da opinião pública, especulações, guerras e dos impactos oriundos de avanços tecnológicos. Além disso, a estrutura institucional dos mercados e as mudanças a que ela está sujeita adquirem formas **jurídicas** (abrangendo a existência e a supressão de direitos, titularidades, deveres e referenciais normativos) que são objeto e meio de deliberação de autoridades públicas, ao mesmo tempo em que oferecem motivações para a formação de planos de ação política (o reposicionamento de grupos e suas reivindicações diante de outros grupos e diante do Estado) e de ação econômica local e internacional.

Dada essa nova percepção, torna-se clara a necessidade de se articularem intelectual e tecnicamente a formulação e a administração da política econômica

com a análise **jurídica**. É essa análise que é capaz de estimar ou avaliar criticamente a formação de consensos especializados, ou contestar a sua prevalência, a respeito de sentidos produzidos em torno de inúmeros referenciais normativos, relevantes para a estruturação e implementação da política econômica. Contudo, dito isso, cabe imediatamente registrar uma dificuldade: se é possível sustentar que o lado fiscal da política econômica tem conexões nítidas com o Direito, em virtude da existência de doutrinas jurídicas robustas e historicamente sedimentadas, atinentes aos tributos e à administração do sistema tributário, o mesmo não pode ser dito a respeito do lado monetário e financeiro da política econômica, incluindo a instituição e a defesa interna e externa da moeda, a organização dos meios de pagamento, as políticas de crédito, a cooperação monetária internacional, entre outras.

Nesse sentido, é mais do que bem-vinda a publicação, que agora vem a lume, sob a forma da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. Em seu primeiro número, a Revista já oferece instigantes e informativos estudos e pareceres jurídicos sobre temas de grande relevância para a administração da política monetária e para o exercício da supervisão bancária. E é significativo que tenha feito parte do impulso inicial para a criação desse periódico jurídico a realização do **I Curso de Pós-Graduação (*Lato sensu*) em “Direito Econômico da Regulação Financeira”**, ocorrido entre outubro de 2004 e abril de 2006, em parceria entre o Banco Central do Brasil e a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, cuja coordenação acadêmica tive a especial satisfação de exercer. A perspectiva acadêmica interdisciplinar pôde ressaltar argumentos que evidenciam o caráter imprescindível do trabalho jurídico para que a política econômica se torne uma realidade institucional na democracia brasileira, hoje imersa em um mundo de estabilidades efêmeras, em parte decorrentes do acirramento da competição econômica internacional. Nesse mundo, a eficiência não equivale à suficiência.

Com efeito, de um modo geral, uma economia pode ser eficiente e, ao mesmo tempo, injusta. Neste último caso, a tendência é que, no longo prazo, a competitividade, minada pelo sub-emprego e pela desigualdade, saia perdendo. Aceitar isso, no passado, pôde fazer parte de grandes pactos políticos, por parte de quem deles se beneficiava. Porém, foi-se o tempo da Guerra Fria, em que a existência dessas economias (injustas) era absorvida na geopolítica da bipolaridade. Uma

economia dinâmica e efetivamente competitiva, no mundo contemporâneo, necessita aliar a eficiência econômica à promoção da justiça.

A **Revista da PGBC**, que agora é oferecida ao público, sem dúvida contribui para a promoção dessa aliança, promissora e benfazeja, no campo das atribuições do Banco Central do Brasil.

Brasília, 11 de dezembro de 2007.

Professor Marcus Faro de Castro

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Harvard, Estados Unidos da América. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em “Direito Econômico da Regulação Financeira”, realizado entre outubro de 2004 e abril de 2006, em parceria entre o Banco Central do Brasil e a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Mensagem do Procurador-Geral

Francisco José de Siqueira

Ante o cenário resultante do avanço das mudanças tecnológicas e da abertura das economias nacionais para o mundo, o trabalho dos atores que lidam com o Direito Econômico vem se tornando cada vez mais desafiador, em virtude da diversidade de sistemas jurídicos, da complexidade dos instrumentos de política econômica, da velocidade do processo de comunicação de massa e, especialmente no campo da regulação própria dos setores monetário e financeiro, da realidade crescente do volume de normas legais e regulamentares voltadas para essa matéria.

É nesse contexto de grandes transformações que vem à luz, na alvorada de um novo tempo, esse primeiro número da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central (Revista da PGBC), fruto permitido de sinergia profícua entre ideais, iniciativas e realizações de quantos têm tomado parte nessa gratificante tarefa de cultivar a maior riqueza de uma organização como o Banco Central: o conhecimento.

Com efeito, a instituição tem avançado nessa direção, a passos largos, nos últimos anos, honrando a posição de destaque que sempre ostentou no plano da qualificação de seus quadros. A criação da Universidade Banco Central (UniBC), em 2004, pautando entre seus desafios inaugurais a realização do primeiro Curso de Especialização em Direito Econômico da Regulação Financeira, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), desponta como importante marco nessa jornada, que dá seqüência ao processo de capacitação no Banco Central, responsável pelo desenvolvimento de uma das políticas de incentivo à formação de quadros mais bem sucedidas do País.

Sob a inspiração desse cenário de mudanças, foi criado, em 2007, o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral (Cejur), especialmente voltado para a produção, a difusão e a gestão de conhecimento em matérias jurídicas afetas ao campo de atuação do Banco Central, por meio da formação de quadros da autarquia e do aperfeiçoamento profissional no âmbito do Direito. Eis, portanto, o objetivo fundamental do Cejur, que se destina a prover todos quantos fazem o Banco Central, sejam ou não membros da instituição, do conhecimento jurídico indispensável para o desenvolvimento de sua missão, com a sensibilidade necessária para a compreensão dos fenômenos do Direito no horizonte mais amplo do domínio monetário, financeiro, econômico e social, sem descurar da importância natural de questões relacionadas com a própria fundamentação do Direito e a condição impostergável de sua dimensão ética, sob a inspiração dos princípios de ordem pública.

E, nessa marcha evolutiva que vem sendo determinada por eventos como a criação da UniBC e do Cejur, a presente edição da Revista da PGBC representa mais um marco – aliás, um marco de importância capital.

Mas nada de especial teria esse marco acaso se tratasse, apenas, de mais uma iniciativa voltada a estimular a sempre bem-vinda aquisição de conhecimentos por parte dos membros da instituição, ou de mais uma ação convencional no sentido de incrementar sua qualificação profissional. O que faz do advento da Revista da PGBC algo mais alvissareiro é o fato de que ela simboliza uma ineqüívoca opção por horizontes largos, em relação à forma como o Banco Central pretende lidar com o saber jurídico pertinente à sua área de atuação, e próprios a quem, sabendo que não pode se limitar à importação desse tipo de conhecimento, ousa, em boa hora, aceitar o desafio de também exportá-lo.

Ora, muitos poderiam indagar: por que aceitar um tal desafio? Por que se lançar ao renhido embate que se trava no campo aberto da doutrina jurídica? Por que se deixar alcançar pela proverbial dialética dos juristas antecipadamente à já inevitável alteração do caso a caso de cada litígio ou de cada consulta *in concreto*? Por que abdicar da cômoda posição de quem apenas observa e, daí, colhe somente o que lhe interessa, para arcar com os consabidos ônus de ser observado? Por que se expor ao desconforto da crítica, ainda mais em seara tão propensa à exacerbação de sectarismos ideológicos, que nem sempre a permitem de modo

racional? Enfim, por que se dar a conhecer? Numa primeira reflexão, decerto, há de ser ressaltado que não é para emoldurar uma vitrine destinada à exposição de vaidade intelectual, cuja armadura vazia, de resto, posta a serviço de uma tal veleidade, bem se poderia converter em verdadeiro teto de vidro. Não. As respostas a essas indagações e a tantas quantas se pudessem formular na mesma linha são de outra ordem. E são muitas. E todas têm a ver com a crença no amadurecimento do debate público.

Nas últimas décadas, o País tem experimentado a progressiva consolidação de seu processo democrático e da ordem fundamental advinda em 1988, com todos os seus importantes desdobramentos infraconstitucionais. Esse processo histórico tem operado uma profunda reorientação no perfil das instituições e no modo como se relacionam umas com as outras, num complexo cenário no qual não mais se pode ter a pretensão de atuar isoladamente, recluso em algum tipo de feudo institucional. Em tal contexto, todas e cada uma das principais instituições nacionais, sem que isso adverse a própria autonomia de que dispõe para o pleno exercício de suas funções precípuas, têm sido chamadas a prestar contas, a aprimorar-se no desempenho de suas atribuições e a dialogar umas com as outras e com a opinião pública. De fato, elas têm sido chamadas a recitar a marcha republicana e democrática que já não se tem mais como deixar de ouvir e que tem imposto aos agentes públicos o dever de assumir o processo de mudança.

Por estar cômulo de tudo isso e, mais ainda, do papel que a produção acadêmica, técnica e científica desempenha na construção das bases de um diálogo qualificado, no âmbito institucional, com importantes setores da comunidade, o Banco Central, desde o surgimento da idéia que resultou na criação de sua universidade corporativa, remontando ao ano de 2001, já a concebia como um instrumento que atendesse à necessidade de estreitamento dos laços entre a instituição e a sociedade. Assim atesta o registro institucional sobre a história da UniBC, bem como o enunciado de sua missão, na qual se contempla a *sociedade em geral* como uma das destinatárias de suas ações nas áreas de educação, pesquisa, compartilhamento do conhecimento e desenvolvimento de competências, sob a égide de um paradigma de alinhamento entre essas ações e os objetivos estratégicos do Banco Central, já não facilmente alcançáveis sem um envolvimento mais próximo de certos setores da coletividade.

Como natural reflexo, essa consciência sobre as mudanças havidas no cenário institucional brasileiro e, mais ainda, sobre a relevância estratégica da produção acadêmica, técnica e científica para instituições como o Banco Central encontrou ressonância em sua Procuradoria-Geral. Aqui, no entanto, tal ressonância se faz sentir de modo especial, na medida em que processos históricos, paralelos, responsáveis pela produção de enormes transformações na atuação jurisdicional do Estado e no papel do Direito como disciplina intelectual, apontam no sentido de uma crescente participação de instâncias jurídicas no controle, na avaliação e, diria mais, na formulação de políticas públicas e decisões administrativas, potencializando, em relação ao sistema legal, a relevância estratégica de ações nas áreas acadêmica, técnica e científica.

Afinal, sob o influxo da denominada politização da justiça e, também, mais recentemente, da judicialização da política, os tribunais, progressivamente, já desde a primeira metade do século XX, têm se envolvido em julgamentos cujos resultados repercutem para muito além do interesse apenas daqueles que figuram como partes no processo judicial: há julgamentos significativos envolvendo, por exemplo, matéria relativa a previdência, regulação de mercados, meio ambiente, sistema de saúde, política partidária e sistema monetário. Nessa trilha, surgiram diversos ramos do Direito (previdenciário, ambiental, econômico, do consumidor, entre outros), operaram-se muitas das transformações que delineiam o perfil atual de ramos preexistentes, como a publicização do Direito Civil, a sedimentação da tutela coletiva e da jurisdição constitucional no âmbito do Direito Processual, transformando a própria atuação dos juristas diante dos poderes constituídos, notadamente por força da evolução do constitucionalismo, com sua criativa e ousada hermenêutica.

Tudo isso, por óbvia razão, tem tornado a disciplina intelectual do Direito cada vez mais complexa para a sociedade, ao mesmo tempo em que assume crescente influência como fonte de critérios para a atuação do Estado. Inseto nessa realidade, o próprio Banco Central tem sido constantemente chamado a sustentar a legitimidade de suas políticas e de seus atos, à luz de parâmetros da mesma ordem, perante as mais diversas instâncias jurídicas. E tem-no feito, de modo geral, com muito êxito, embora, por vezes, a duras penas e sem oportunidade de legar à sociedade um debate público que, ao desfecho de cada caso, favorável

ou não à autarquia, represente maior avanço na conformação de massa crítica relativamente a aspectos importantes da política monetária e da supervisão do sistema financeiro.

Há muito a ser feito, ainda, avançando nessa direção, numa espécie de busca do tempo perdido, com o objetivo de superar certa deficiência de realidade que, com boa dose de razão, muitos juristas têm procurado denunciar, dissecando suas raízes estruturais no perfil dos próprios cursos de graduação jurídica: moeda, sistema bancário, taxas básicas de juros, relações de consumo, entre outras, são questões centrais para a vida das pessoas nos dias correntes, que parecem não ocupar ainda um lugar igualmente central na cultura jurídica dominante.

Com efeito, a inércia da cultura jurídica em relação à matéria tem constituído sério obstáculo à construção de um diálogo institucional mais produtivo a respeito da atuação do Banco Central, cuja missão, em matéria de política econômica, por se revestir de alta complexidade, requer o aporte de conhecimentos extrajurídicos altamente especializados, notadamente de ordem econômica, em função de sua interdisciplinaridade. Nesse contexto, o Direito Econômico precisa superar, de modo mais consistente, sua primeira estruturação, ao lado do Direito Administrativo, para se consolidar como uma disciplina autônoma, sob cujo domínio não há uma clara divisão entre as instâncias pública e privada, na razão direta em que as regras jurídicas interferem nos fundamentos da economia.

Aliás, não se pode desconsiderar a enorme importância também assumida pela Economia como fonte de critérios para a atuação do Estado no contexto dos processos históricos iniciados no século XX. É preciso reconhecer que, na realidade, foram os economistas, com seus erros e acertos, sob disciplina intelectual de sistematização ainda recente se comparada com a tradição milenar sedimentada pelos juristas, que protagonizaram, de certo ponto daquele século em diante, os principais processos decisórios por meio dos quais governos de todo o mundo procuraram enfrentar os desafios de uma sociedade de massa.

Ora, esse predomínio da visão econômica, sem o respaldo da ciência jurídica, como não poderia ser diferente, gerou conflitos, apontou soluções, revelou problemas, suscitou reações, mas, sobretudo, permitiu o acúmulo de lições importantes, em relação às quais os agentes políticos, nas mais diversas formas de atuação da vontade estatal, não têm o direito de se quedar no conforto da inércia.

Cabe assinalar que a própria Constituição Federal de 1988, 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, dentre outras, entroniza como preceitos jurídicos maiores promessas cuja efetiva concretização depende de algo mais do que boas intenções, algo mais do que a deontologia dos juristas, do que leis, decisões, pareceres e petições, algo complexo a respeito do qual a política econômica tem muito a dizer e, por certo, a fazer, mais ainda.

É preciso, pois, trazer para o conhecimento dos juristas, que, como tais, hão de almejar a efetivação das generosas promessas constitucionais, elementos que permitam conhecer, sem mitificações ou preconceitos ideológicos, um pouco da lógica, das preocupações e dos mecanismos que pautam a atuação do Estado, na formulação da política econômica, sob a vertente monetária e financeira, abrangendo, dentre outras medidas, a defesa do poder de compra da moeda, a organização dos meios de pagamento, a eficiência do sistema de crédito, a cooperação financeira internacional.

Daí por que aceitar o desafio de publicar a Revista da PGBC, divisando aqueles horizontes mais largos de quem pretende dar sua contribuição para o aprimoramento da cultura jurídica nacional. A singular posição da Procuradoria-Geral do Banco Central no panorama institucional do País já lhe impunha o instigante desafio de trafegar por entre esses dois mundos – o do Direito e o da Economia –, sustentando juridicamente a atuação do Estado em áreas muito especiais de sua política econômica: a condução da política monetária e a supervisão do sistema financeiro nacional. Agora, ao sopro das transformações sobre as quais se procurou dar alguma notícia nesta mensagem, ela é convocada a compartilhar um pouco do saber acumulado ao longo de sua história de luta na conformação jurídica da política econômica, trilhando um cenário muito rico de conhecimentos envolvidos nessa jornada: uns altamente especializados; outros tantos marcados por intenso diálogo interdisciplinar; não poucos ainda por se desenvolver; e todos, em comum, de grande relevância para o amadurecimento do debate público no País.

Além do mais, a importância dessa missão de difundir massa crítica, que se impõe à Procuradoria-Geral do Banco Central, por força mesmo de sua posição

institucional, não raramente, é lembrada a seus membros na ocasião dos contatos mantidos com representantes e dirigentes das diversas instâncias jurídicas. Nessa oportunidade, o lúcido interesse demonstrado pelo conhecimento especializado e interdisciplinar com que lida a Procuradoria-Geral tem aguçado a percepção dessa relevante demanda que se coloca para o Banco Central: levar às instâncias jurídicas a sua mensagem, juridicamente decodificada, em relação a temas que, de forma direta ou indireta, repercutam sobre sua atuação institucional e, portanto, sobre interesses públicos que lhe são confiados, como a estabilidade do poder de compra da moeda e a estruturação do sistema financeiro nacional, visando a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade.

Sob a inspiração desse binômio fundamental, o Banco Central projeta sua missão institucional, cujo enunciado trata da estabilidade do poder de compra da moeda e da eficiência do sistema financeiro, contemplando, dentre outros, aspectos relacionados com a proteção da poupança popular, o funcionamento do sistema de pagamentos, a gestão das reservas internacionais, o controle de capitais estrangeiros, a interlocução entre os agentes econômicos privados e o Poder Público, a prevenção de ilícitos financeiros, a proteção ao sigilo bancário, a disciplina da relação administrativa no próprio Banco Central – aí compreendida a defesa de padrões éticos na atuação funcional – e a cooperação e integração no plano internacional.

Nessa ordem de fatores, são emblemáticos os textos que compõem esse primeiro número da Revista da PGBC e que, indo da generalidade da reflexão filosófica à particularidade das questões jurídicas com as quais se depara o Banco Central, perpassam importantes temas, tais como: (1) justiça distributiva sob a abordagem jurídica da regulação financeira; (2) estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade em face do instituto da repercussão geral; (3) sistema BacenJud, referente à transmissão de ordens judiciais por meio eletrônico, e sua contribuição para a efetividade da prestação jurisdicional; (4) perspectiva brasileira sobre o regime de imunidades de bens de bancos centrais; (5) atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos inflacionários; (6) conflito de interesses e normas de conduta no âmbito do Banco Central; (7) análise da relação entre o dever de informação do Banco Central e o poder

de requisição do Ministério Público; (8) processo de falência e regime especial, nos casos de insolvência bancária; (9) regulação da oferta de moeda e da taxa de juros como instrumentos de política monetária; (10) acesso dos órgãos de fiscalização e controle a operações com recursos públicos; (11) defesa do sistema BacenJud em sede constitucional; e (12) aplicação do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, na transição do padrão monetário do Cruzeiro Real para o Real.

Por certo, não seria de judicioso propósito, aqui e agora, tecer maiores comentários sobre a relevância de cada um dos temas que formam esta edição. Com efeito, não é ao conteúdo específico desse primeiro número da Revista da PGBC, em si, senão ao seu auspicioso significado inaugural que se reporta a presente mensagem.

Com justa razão, o que se pretende destacar é o advento mesmo desse espaço de discussão jurídica, o espírito que nele se encarna, seu papel na promoção do entendimento mútuo e, portanto, de um discurso mais cooperativo entre aqueles que pensam a conformação jurídica da política econômica do País. É sua contribuição, enfim, para a construção do ambiente de menos litigiosidade que o estágio de amadurecimento da sociedade brasileira reclama, como atestam, por exemplo, a postura de incentivo à conciliação que vem sendo adotada por instâncias do Poder Judiciário, a iniciativa já sedimentada pela Advocacia-Geral da União também nesse sentido, a instituição de ouvidorias nas mais diversas organizações. A própria evolução da política monetária brasileira, com a consolidação de um regime de metas de inflação, fundado justamente na transparência como elemento indutor da cooperação entre os agentes econômicos, permitiu superar a antiga cultura política de planos econômicos, a surpresa de seus choques heterodoxos, bem como a desconfiança e a conflituosidade que imperavam no seio da coletividade.

É nessa direção, pois, que a Revista da PGBC inicia sua jornada, sob a supervisão do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral, cujos membros e colaboradores congratulo pela publicação. E é nessa linha, também, que conclamo todos os que se interessam pela proposta desse veículo de divulgação do conhecimento, de todas as áreas do Banco Central e mesmo de fora da autarquia, a apresentarem sua contribuição para essa obra em permanente construção, até porque, em que pese a sua denominação, a Revista não é, certamente, apenas da Procuradoria-Geral. Não seria nem mesmo somente do Banco Central. Essa

Revista é, antes de tudo, da sociedade brasileira, e a ela se oferece como valioso contributo da instituição para o aprimoramento do debate público em torno das questões jurídicas que, de modo direto ou indireto, permeiam a condução e a implementação da política econômica desse grande país chamado Brasil.

Brasília, 11 de dezembro de 2007.

Francisco José de Siqueira

Procurador-Geral do Banco Central

Graduado em Direito, Administração de Empresas e Administração Pública pela UFPE – Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da UFPE. Professor de Direito Comercial da Universidade Católica de Salvador (1988-1997), da Universidade Católica de Brasília (2000-2002) e do Instituto de Educação Superior de Brasília (2001-2007). Membro do Tribunal do Fonplata – Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata, organismo internacional.

Justiça Distributiva: um Valioso Referencial para a Disciplina Jurídica da Regulação Financeira

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos*

1. Introdução.
2. O discurso jurídico e a idéia de justiça.
3. Esquema conceitual da justiça distributiva.
4. Bens comuns.
5. Um certo processo histórico.
6. Justiça distributiva e regulação financeira.
7. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo constitui apertada síntese de trabalho monográfico de bem mais folgadas proporções apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como trabalho de conclusão do Curso de Especialização em Direito Econômico da Regulação Financeira promovido pela Universidade e pelo Banco Central do Brasil entre os anos de 2004 e 2006. É natural, pois, que nele se manifeste perspectiva fragmentária de um todo apenas revelado noutro texto, que, portanto, reclama alguma alusão à sua estrutura fundamental, até para que não se tome por ilha aquilo que, em verdade, ora se apresenta como uma diminuta península.

Nesse sentido, registre-se que, naquele trabalho, intitulado “A Justiça Distributiva e seus Desafios Conceituais para a Disciplina Jurídica da Regulação Financeira”, foram construídas e articuladas, no plano de seu silogismo central, três premissas básicas, a saber: (1) a abordagem de temas de política econômica, em especial os relativos à regulação financeira, no seio do tradicional discurso

* Procurador-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado da Bahia; pós-graduado em Direito Econômico da Regulação Financeira pela Universidade de Brasília (UnB).

jurídico brasileiro, tem-se ressentido de sérias deficiências; (2) falecem a esse discurso, em grande medida, referências ligadas à clássica estrutura conceitual da justiça distributiva; (3) essas referências mostram-se de grande utilidade para a construção de uma adequada disciplina jurídica da regulação financeira. Sobre esse tripé é que se procurou sustentar conclusão consistente no descortino da relação entre a falta de elementos ligados à noção de justiça distributiva, no âmago do discurso jurídico dominante, e o quadro de deficiências por ele amargado no tocante à disciplina da regulação financeira.

No presente artigo, evidentemente, à vista do assombroso potencial recursivo que a exploração de cada uma dessas premissas revela, é preciso escolher um foco, ainda que em prejuízo de maiores rigores formais e metodológicos, sob pena de que, do contrário, se inviabilize uma exposição minimamente rica do que se venha a apresentar, devido à inadvertida compactação de muitas questões em espaço insuficiente.

E o foco, no caso, recairá sobre a terceira premissa apontada: a grande utilidade da articulação de referências ligadas à noção de justiça distributiva para a construção de uma adequada disciplina jurídica¹ da regulação financeira².

2. O discurso jurídico e a idéia de justiça

Um primeiro ponto a perscrutar, no exame do rico papel que o referencial teórico da justiça distributiva poderia desempenhar na construção de uma adequada disciplina jurídica da regulação financeira, concerne à própria inserção da idéia de justiça, abstratamente considerada, nos raciocínios e nos discursos jurídicos.

1/ O critério adotado para avaliar como adequada uma determinada disciplina jurídica é a sua capacidade de estabelecer um sistema público de regras percebido pelas pessoas, num grau considerável, como algo efetivamente voltado a especificar um esquema de cooperação concebido para promover o bem dos participantes da sociedade. Por sistema público de regras, de seu turno, entende-se o conjunto de normas que permite a uma pessoa à qual ele se aplique saber o que as regras exigem dela e das outras pessoas também submetidas ao sistema, sabendo ainda que elas sabem disso, e que sabem que ela sabe disso, e assim por diante, recursivamente (ver, a propósito, RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 58-59).

2/ O termo regulação é aqui empregado no sentido comumente encontrado na literatura de economia política, abrangendo, portanto, uma ampla gama de instrumentos de política econômica, e não apenas a normação da conduta dos agentes de mercado, o que não quer dizer, evidentemente, que o emprego de instrumentos não-normativos (gasto público, contratos públicos, instrumentos fiduciários etc.) não seja ou não deva ser, ele próprio, regido por normas (cf. FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. **Sistema financeiro e responsabilidade social**. São Paulo: Textonovo, 2004, p. 96).

Nesse sentido, destaque-se, por primeiro, que as idéias de justiça e de direito sempre estiveram de algum modo relacionadas, em que pesem a multiplicidade de suas acepções e a profusão das correntes de pensamento já desenvolvidas a seu respeito. Seja como mero postulado de igualdade ínsito à própria idéia de regra³, seja como mecanismo de conservação da sociabilidade por estratégia de sobrevivência⁴, seja como um imperativo da razão⁵, seja como fruto de um certo senso ou de uma capacidade mental⁶, seja mesmo posta sob dúvidas e críticas⁷, o fato é que a idéia de justiça nunca deixou de ser tratada de algum modo pelos juristas e pelos filósofos do direito.

Evidentemente, esse tratamento modificou-se bastante ao longo da história. Como destacado por Lopes, “A questão da justiça dava um sentido a todo o estudo e aplicação do direito em tempos pré-modernos. Se bem que se continue a falar de justiça no direito moderno, o papel de sua discussão mudou muito.”⁸

3/ “Justiça nesse sentido formal (como sinônimo da pura exigência de igualdade ou de estar submetido a regras) pode também ser expressa como uma exigência de racionalidade no sentido de que o tratamento dado a uma pessoa deve ser pré-determinável por critérios objetivos, estabelecidos por regras dadas. Isto faz com que a aplicação concreta – dentro de certos limites elásticos – seja independente do sujeito que decide. Disto resulta que a justiça acaba por colocar-se em oposição à arbitrariedade, quer dizer, a decisão que surge não determinavelmente da reação espontânea do sujeito que decide à situação concreta e é determinada por suas emoções e atitudes subjetivas.

Essa exigência formal de regularidade ou racionalidade, e nada mais, é o que emerge do primeiro dos dois elementos contidos nas fórmulas de justiça, ou seja, a pura exigência de igualdade. É evidente que essa exigência formal não pode jamais justificar a pretensão de que uma regra terá que ser preferível a outra. Qualquer que seja o conteúdo da regra, a exigência de regularidade fica satisfeita.” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo, Bauru: Edipro, 2003, p. 318-319).

4/ HUME, David. Tratado da natureza humana. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 192-198.

5/ KANT, Immanuel. A filosofia do Direito (primeiros princípios metafísicos da doutrina do Direito). In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 238-239.

6/ “Podemos estabelecer aqui uma comparação com o problema de descrever o senso de correção gramatical das frases da nossa língua natal. [...] E uma vez que consideramos o senso de justiça com uma capacidade mental, envolvendo o exercício do pensamento, os juízos pertinentes são aqueles apresentados em condições favoráveis para a deliberação e o julgamento em geral. [...] Deveríamos ver uma teoria da justiça como um esquema orientador destinado a enfatizar as nossas sensibilidades morais e colocar diante das nossas capacidades intuitivas problemas mais limitados e administráveis para julgarmos.” (RAWLS, *ob. cit.*, p. 49-56).

7/ “Uma pessoa que sustenta que certa regra ou conjunto de regras – por exemplo, um sistema tributário – é injusto não indica nenhuma qualidade discernível nas regras; não apresenta nenhuma razão para sua atitude. Simplesmente se limita a manifestar uma expressão emocional. Tal pessoa diz: ‘sou contra essa regra porque é injusta’. O que deveria dizer é: ‘Esta regra é injusta porque sou contra ela.’

Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto. Não é o modo adequado de obter entendimento mútuo. É impossível ter uma discussão racional com quem apela para a ‘justiça’ [...]. A ideologia da justiça conduz à intolerância e ao conflito [...].

... é possível advogar a favor de qualquer postulado material em nome da justiça. Isto explica porque todas as guerras e conflitos sociais, como foi dito anteriormente, foram travados em nome da exaltada idéia de justiça. [...] É muito fácil crer nas ilusões que excitam as emoções pelo estímulo das glândulas supra-renais.” (ROSS, *ob. cit.*, p. 320-321).

8/ LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Editora 34 / Edesp, 2004, p. 24.

E mesmo num dado momento histórico, as concepções de justiça variam muito entre diferentes países, culturas, classes sociais, escolas de pensamento etc., e inclusive de indivíduo para indivíduo.

Toda essa inconclusividade do pensamento sobre a justiça, conquanto problematize, é certo, sua abordagem teórico-jurídica, não elide duas constatações importantes. A primeira: há, como diria Rawls⁹, um papel comum às diversas e variadas concepções de justiça a determinar sua reunião sob um mesmo vocábulo. A segunda: no universo jurídico, fala-se em justiça, pensa-se em termos de justiça. Juristas fundamentam decisões e lições doutrinárias em suas noções de justiça. Normas jurídicas veiculam explicitamente a idéia de justiça.

Isso significa que nem mesmo uma leitura positivista do direito pode esconder-se da noção de justiça, cuja articulação desponta como um fenômeno positivo da realidade jurídica, seja em sua dimensão histórica, sociológica ou normativa.

Até mesmo um normativista há de se render ao fato de que, ao menos em muitos países, os textos normativos fazem da idéia de justiça, para além ou para aquém de um ideal ético, um imperativo jurídico-positivo. No caso brasileiro, dentre os quatro incisos do art. 3º da Constituição, que consignam os objetivos fundamentais da República, três consagram ideais de justiça (I, III e IV), sendo que o primeiro se refere expressamente à construção de uma “sociedade justa”¹⁰. O art. 170 da Carta Constitucional brasileira, por seu turno, submete a ordem econômica aos “ditames da justiça social”. E algo bastante similar é encontrado nas Constituições de vários outros países (*e.g.*, Portugal, arts. 7º, 2 e 5-7; 20º, 1; e 81º, *b*; Espanha¹¹, arts. 1 e 117; Itália, art. 11).

Em suma, o discurso jurídico precisa manipular referenciais de análise ligados à idéia de justiça. Como já se disse, “o direito é sempre um ensaio de ser direito justo”¹².

Sabe-se, é verdade, que a articulação desse ideal nos discursos jurídicos se tem prestado, por vezes, à mera exaltação de sectarismos ideológicos. A realida-

9/ RAWLS, *ob. cit.*, p. 5-6.

10/ “Em face do disposto no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, temos o dever de buscar a solução justa. A questão da justiça, em nosso direito positivo, efetivamente, já não é simplesmente filosófica, mas uma questão de constitucionalidade.” (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 138).

11/ As primeiras palavras da carta constitucional espanhola, aliás, são justamente: “La Nación española, deseado establecer la justicia...”.

12/ Frase atribuída a Radbruch e Recaséns Siches em MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16.

de tem atestado a plausibilidade de observações como as de Ross¹³, no sentido de que a própria “aplicabilidade quase onipresente do princípio da justiça desperta a suspeita de que algo ‘não anda bem’ com uma idéia que pode ser invocada em apoio de qualquer causa”. O apelo à suposta justiça de uma reivindicação pode ser visto por outrem, de fato, como mero pretexto por meio do qual “alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses”. Uma idéia simples de justiça, num tal cenário, pode não ser, realmente, “o modo adequado de obter entendimento mútuo”. Como advertido por Hume¹⁴: “Nossas idéias naturais e incultas de moralidade, em vez de fornecer um remédio para a parcialidade de nossas afeições, ajustam-se a essa parcialidade, conferindo-lhe força e influência adicionais”.

As dificuldades com o problema da justiça, contudo, mormente admitida a inevitabilidade de seu enfrentamento no universo cultural do direito, não são um motivo razoável para o abandono das reflexões a seu respeito, senão pelo contrário. As dificuldades com o problema da justiça, especialmente agudas em tempos de pluralismo, relativismo, sufrágio universal e liberdade de expressão, só tendem a piorar sem o suporte da elaboração teórico-jurídica em torno da questão.

Há diversos problemas seriíssimos em se proscrever do discurso jurídico referenciais de justiça material que transcendam o critério formal da mera adesão a regras preestabelecidas. Afinal, essas regras não oferecem soluções acabadas, uniformes e socialmente aplicáveis a todos os casos submetidos à apreciação dos operadores do direito, o que é um dado notório da experiência jurídica, ainda mais em tempos de vertiginosa transformação social. Não se podem prever soluções para todos os problemas em regras preestabelecidas. A realidade muda, e em geral mais rapidamente do que os ordenamentos.

Noutro passo, mesmo quando se conta com previsões normativas preestabelecidas em relação a uma dada situação, sabe-se que o clássico (e precário) processo de subsunção do fato à norma não garante uniformidade decisória. Há o problema nada trivial da interpretação – e não só a da regra, mas também, e talvez até principalmente, a dos fatos¹⁵.

13/ ROSS, *ob. cit.*, p. 314 e 320.

14/ HUME, *ob. cit.*, loc. cit., p. 193.

15/ Ver, a propósito, as ricas considerações trabalhadas em LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 160, ano 40, p. 49-64, out./dez. 2003, p. 51-56.

Assim, é bem pouco sustentável a crença na suposta existência de certas diferenças essenciais entre normas e princípios de justiça. Em última análise, tanto referenciais de justiça quanto referenciais normativos, porquanto vertidos em linguagem natural, comungam, essencialmente, das mesmas vicissitudes. Discussões baseadas em regras – e, portanto, em sua interpretação – podem ensejar o sectarismo tanto quanto discussões baseadas em ideais de justiça. As mesmas advertências de Ross quanto à justiça valeriam em relação às regras. Parafraseando-o, poder-se-ia dizer que ‘a aplicabilidade onipresente das **regras** (em regimes liberais, socialistas, fascistas etc.) desperta a suspeita de que algo não anda bem com um referencial jurídico que pode ser invocado em apoio de qualquer causa’¹⁶. O apelo à suposta legalidade de uma reivindicação pode ser visto por outrem como mero pretexto por meio do qual “alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses”. Uma idéia simples de lei, num tal cenário, pode não ser “o modo adequado de obter entendimento mútuo”. As pessoas costumam dizer: “sou contra essa [*decisão*] porque é [*ilegal*]”, quando por vezes deveriam dizer: “essa [*decisão*] é [*ilegal*] porque sou contra ela”. “Invocar a [*legalidade*] é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado [*positivo*]”. “É muito fácil crer nas ilusões que excitam as emoções pelo estímulo das glândulas supra-renais”¹⁷.

A inevitável interpretação das regras, afinal, assim como a idéia de justiça, não é infensa à emoção, à ideologia e à excitação das glândulas supra-renais.

Ao perceberem isso, numa dada altura do aprofundamento de suas reflexões, certos normativistas, já comprometidos com todo o esforço com que tão laboriosamente forcejaram por livrar o direito da “superstição” da justiça, acabam, sem poder disfarçar a “superstição” das regras, resignando-se com o que consideram como sendo a irracionalidade da deliberação jurídica. A visão normativista, então, tal qual aquele que cai numa piscina puxado por quem tentou empurrar para ela, acaba mergulhando, como observa Dworkin¹⁸, num ceticismo bem pouco útil em relação às possibilidades da interpretação jurídica.

16/ Aliás, foi justamente por conta dos devastadores resultados da amoralidade dos ordenamentos nazi-fascistas que, após a Segunda Guerra, declinou a orientação positivista de proscrever referenciais de justiça material do discurso jurídico, reacendendo-se até mesmo o pensamento jusnaturalista.

17/ Vide nota 7.

18/ Ver, a propósito, a interessante reflexão trabalhada em DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 89-108, nas quais se desenvolvem os tópicos “Uma digressão: a justiça” e “Ceticismo sobre a interpretação”.

Ora, eliminar do discurso jurídico referenciais valorativos associados à idéia de justiça não elimina discussões, apenas as empobrece, apenas diminui o espaço disponível para a invenção da solução jurídica. Ademais, nada garante que um jurista, mesmo aderindo à estratégia de não manejar referenciais de justiça em seu discurso, não os utilize “para consumo próprio”, encontrando a solução “justa” em suas convicções internas, para, então, moldar o maleável discurso “meramente” normativo nessa forma íntima e secreta de justiça. O resultado, também aí, longe de eliminar divergências, apenas empobrecerá a discussão, nesse caso por torná-la menos transparente, por sonegar-lhe elementos determinantes da posição dos interlocutores.

Em suma, tanto pelas insuficiências do mecanismo normativo quanto pela inevitabilidade do debate público envolvendo concepções de justiça material, a disciplina intelectual do direito não pode se furtar da elaboração de referenciais de justiça abrangentes. O direito há de investir, como disciplina intelectual, em algo além das regras, que não dão mais conta do recado, não bastam mais como instrumento de pacificação, de coordenação de expectativas e de estruturação e estabilização da cooperação social. E esse algo inclui, decerto, a conformação de uma concepção razoavelmente compartilhada de justiça material, “de uma certa medida de consenso sobre o que é justo e o que é injusto” em termos de atribuição de direitos e deveres e de distribuição dos benefícios e encargos da cooperação social¹⁹.

Destaque-se que as discussões ancoradas em ideais de justiça não são necessariamente irracionais, conquanto envolvam o apelo à intuição e, de regra, premissas menos concisas e consensuais do que, por exemplo, as das matemáticas ou das ciências exatas. Demais disso, ainda que fossem irracionais, isso não seria, por si, motivo suficiente para sua exclusão do discurso jurídico.

Fundamentalmente, a suposição de que uma discussão sobre a justiça seja necessariamente irracional decorre do fato de que não há muita conclusividade nessa questão, não há uniformidade de solução ou de percepção, havendo, pelo contrário, grandes divergências em seu bojo. Todavia, como visto, se isso for considerado suficiente para tomar por irracionais as discussões baseadas nesse ideal, seria forçoso, então, reconhecer a irracionalidade de todo o discurso jurí-

19/ RAWLS, *ob. cit.*, p. 5-7.

dico, uma vez que, seja qual for o seu referencial (regras, fatos, fé etc.), carrega consigo, invariavelmente, essas mesmas marcas da inconclusividade e da divergência²⁰, esse mesmo drama e esse mesmo desafio ligados, em qualquer caso, à linguagem, à interpretação, à divergência, ao conflito e à necessidade, enfim, de decidir, de deliberar.

Aliás, para ser rigoroso, se a inconclusividade e a divergência implicassem a irracionalidade de um discurso, então seriam fatalmente irracionais boa parte dos discursos, inclusive os das ciências exatas, que evoluem, em grande medida, justamente pela negação sucessiva de suas “verdades”, em meio a renhidas divergências.

Ora, os raciocínios sobre a justiça – são raciocínios – partem, como quaisquer outros, de pontos indemonstráveis. O fato de esses pontos serem numerosos, complexos, de provirem da intuição ou de não despertarem uma adesão maciça não exclui o atributo da racionalidade. Como observado por Rawls em sua teoria da justiça²¹, “não há nada necessariamente irracional no apelo à intuição”.

De qualquer sorte, ainda que se considere que discussões em torno da idéia de justiça não podem ser racionais, seja por sua inconclusividade, seja por seus referenciais não encerrarem evidências da razão, porquanto apoiados em elementos da tradição ou em outros elementos histórico-condicionados, em intuições ou mesmo em simplificações, não há, nisso, uma razão para que essas discussões sejam descartadas da prática jurídica e de seus discursos. Concepções de justiça valem já por cumprirem seu papel, que é o de, compartilhadas em alguma medida, coordenarem o empreendimento cooperativo que é a sociedade, ainda que não satisfaçam a supostos rigores da razão, ainda que busquem seu atrativo na intuição, na emoção, numa ideologia, numa simplificação etc. Aliás, tomada a idéia de racionalidade tal como é corrente em ciência política (adoção dos meios mais eficientes **disponíveis** para o atingimento de determinados fins²²), parece

20/ A inconclusividade e a divergência, por sinal, são tão inerentes ao discurso jurídico que, no universo do direito, se chega a enaltecer o contraditório como um princípio magno. Demais disso, elementos outros do cotidiano jurídico, como os recursos, os mecanismos de uniformização de jurisprudência, as decisões colegiadas não-unâni­mes, as ações rescisórias, as correntes doutrinárias etc., dão conta do íntimo convívio do direito com a inconclusividade de seus próprios discursos.

21/ RAWLS, *ob. cit.*, p. 44-56.

22/ No caso específico de finalidades cognitivas, os “meios mais eficientes disponíveis” podem provir de variada fonte. O caminho do raciocínio tem por finalidade chegar-se ao que não se sabe apoiando-se no que se sabe, sendo certo que um primeiro ponto de apoio, um primeiro saber, com base no qual se passará aos demais, é um pressuposto ao qual se adere por um motivo que não o raciocínio, que só se inicia a partir desse primeiro saber. Assim sendo, “os meios mais eficientes disponíveis” para começar um raciocínio não podem ser avaliados com base no próprio raciocínio, que só se inicia após a adoção desses meios iniciais. Avaliá-los, portanto, com base em sensibilidade, intuição, percepção empírica, simpatia etc., e buscá-los nessas fontes, não descaracteriza como raciocínio o caminho cognitivo que a partir daí se inicie.

difícil manter uma asserção peremptória no sentido de ser irracional a tentativa de desenvolver discursos atraentes sobre a justiça, ainda que constituam uma mera fala no bojo da reflexão mútua que compõe a infinita conversação sobre o que desejamos para o nosso viver, ou, melhor dizendo, para o nosso conviver.

Não é mais do que isso, por sinal, o quanto se veicula neste artigo sobre justiça distributiva: uma singela fala no curso dessa conversação, quiçá buscando reorientá-la ou enriquecê-la, se não com respostas definitivas, ao menos com a (re)lembração de certas perguntas consideradas pertinentes e mesmo imprescindíveis à construção de uma adequada disciplina jurídica da regulação financeira.

3. Esquema conceitual da justiça distributiva

Entre essas perguntas, destacam-se, decerto, algumas como as seguintes: quem é efetivamente afetado pela regulação financeira? Qual o espaço de interferência intersubjetiva que abrange? Quem auferir seus bônus? Quem os deveria auferir? Quem arca com seus ônus? Quem deveria arcar? Quais os interesses em jogo? Quais deles reclamariam proteção jurídica? Que tipo de proteção jurídica?

Defende-se, no presente trabalho, que o esquema conceitual da justiça distributiva mantém indagações desse tipo acesas no discurso jurídico, orientando a busca por suas respostas num certo sentido consentâneo com os desideratos de pacificação, equidade e concreção de valores que animam o direito, ao passo que, em relação a algo como o mercado financeiro, a fixação em modelos retributivos de justiça afasta os aludidos questionamentos do raciocínio jurídico, impedindo-o de atender adequadamente à sua razão de ser. Por tal razão é que se mostra curial perscrutar as raízes da estrutura conceitual em que se confrontam as noções de justiça distributiva e de justiça retributiva, corretiva ou comutativa. E esse propósito aponta, seguramente, para o clássico referencial aristotélico, que se passa a examinar.

Aristóteles, num certo ponto da abordagem que apresenta sobre o tema da justiça, no Livro V de sua “Ética a Nicômaco”, distingue justiça distributiva e justiça corretiva. A primeira, caracterizada, nos termos do Estagirita, como a justiça “que se manifesta nas distribuições”, aplica-se a partilhas plurilaterais de bens comuns, reportando-se a uma relação entre parte e todo. A segunda, sendo a “que

desempenha uma função corretiva nas transações entre indivíduos”, aplica-se a transações bilaterais envolvendo bens particularizados²³; refere-se, portanto, a relações entre um indivíduo e outro.

Aristóteles baseava a idéia da justiça distributiva na proporcionalidade geométrica. E o que isso quer dizer?

Bem, a proporção é uma igualdade entre razões. Uma razão, por seu turno, é uma comparação. Tome-se, por exemplo, $1/3$. $1/3$ é uma razão, uma comparação entre 1 e 3. $2/6$ e $3/7$, igualmente, são também razões. Há proporção entre $1/3$ e $2/6$, eis que se trata de duas razões iguais, havendo, portanto, uma igualdade entre razões ($1/3 = 2/6$), que estaria satisfeita também com $3/9$, $4/12$, $5/15$ e assim por diante. Por outro lado, não há proporção entre $1/3$ e $3/7$.

Na proporção exemplificada ($1/3 = 2/6$), 1 está para 3 assim como 2 está para 6 e 1 está para 2 assim como 3 está para 6. Há, portanto, igualdades entre as comparações $1/3$ e $2/6$ e entre as comparações $1/2$ e $3/6$.

Uma das propriedades desse tipo de proporção, dita geométrica, é que a comparação ou razão entre a soma $1 + 2$ e a soma $3 + 6$ é igual à razão entre 1 e 3 ($3/9 = 1/3$) e entre 2 e 6 ($3/9 = 2/6$). Também a razão entre a soma $1 + 3$ e a soma $2 + 6$ é igual à razão entre 1 e 2 ($4/8 = 1/2$) e entre 3 e 6 ($4/8 = 3/6$). Ou seja, visualize-se a proporção como $1/3 = 2/6$ ou como $1/2 = 3/6$, o fato é que a soma dos numeradores está para a soma dos denominadores assim como cada numerador está para cada denominador, ou, no dizer mais sumário de Aristóteles, “o todo está para o todo assim como cada parte está para a parte correspondente”²⁴.

O esquema torna-se bastante sugestivo se, por exemplo, imaginarmos os numeradores como os membros de uma sociedade e os denominadores como a parte que lhes caiba na fruição de algum bem comum a todos esses membros. O “todo” dos membros da sociedade deve estar para o “todo” do bem comum assim como cada membro deve estar para a sua parte na fruição desse bem. Garantida essa proporção geométrica, estará garantida a justiça distributiva.

Já a idéia aristotélica de justiça corretiva é baseada na proporcionalidade aritmética. Nos próprios termos do que se traduziu de Aristóteles a respeito, “tudo ocorre como se houvesse uma linha dividida em partes desiguais” e se “subtraísse a diferença que faz com que o segmento maior exceda a metade para acrescentá-la

23/ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 110.

24/ *Ibidem*, p. 109.

ao menor. E quando o todo foi igualmente dividido, os litigantes dizem que receberam “o que lhes pertence” – isto é, obtiveram o que é igual. O igual é o meio-termo entre a linha maior e a linha menor, de acordo com uma proporção aritmética”²⁵.

Deve-se destacar que o esquema ético da justiça distributiva comporta diferenciações entre as pessoas no que concerne à parte que lhes cabe na distribuição. A proporcionalidade geométrica comporta essas diferenciações, cujos critérios são politicamente escolhidos, dentre vários possíveis, pelas diversas sociedades. No dizer de Aristóteles, “se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais”, o que seria “evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”, pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição também o deve ser com o mérito em um certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito”²⁶.

Já a justiça retributiva não comporta, em seu esquema de proporcionalidade aritmética, as diferenciações interpessoais contempláveis no esquema ético da justiça distributiva. Aristóteles, nesse sentido, afirma:

[...] de acordo com uma proporção aritmética [...] é indiferente que um homem bom tenha lesado um homem mau, ou o contrário, e nem se é um homem bom ou mau que comete adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, perguntando apenas se uma comete e a outra sofre injustiça, se uma é autora e a outra é vítima do delito.²⁷

Destaque-se, por fim – e isso é fundamental –, que o esquema da justiça distributiva, tal como apresentado, pressupõe a identificação do que se há de distribuir como um **bem comum** àqueles entre os quais se dará a distribuição. A justiça corretiva ou retributiva, por seu turno, pressupõe a identificação do que se há de transacionar, no esquema sinalagmático de um modelo bilateral de trocas, como um **bem particular**. A justiça distributiva é a justiça das partilhas; aplica-se à partilha dos bens comuns. A justiça retributiva é a justiça das trocas, o que pressupõe necessária bilateralidade; aplica-se às transações envolvendo bens particulares.

25/ *Ibidem*, p. 111.

26/ *Ibidem*, p. 108-109.

27/ *Ibidem*, p. 110.

4. Bens comuns

A identificação dos bens como comuns é o próprio ponto de partida das aplicações que se possa dar ao esquema ético da justiça distributiva, o mesmo valendo para os bens particulares em relação à justiça corretiva, retributiva ou comutativa. E qual seria o critério para a identificação dos bens como comuns ou particulares? Adotou-se, neste trabalho, o critério da **não-exclusibilidade**, oriundo da economia, como critério de identificação pertinente. Bens **não-excluíveis** são identificados como comuns; bens **excluíveis**, como particulares²⁸.

Um bem é **excluível** quando se pode impedir pessoas de usá-lo (e. g.: sorvetes, automóveis, TV a cabo, patentes, roupas, estradas com pedágio etc.)²⁹. Essa possibilidade, evidentemente, pode não se verificar com diversos tipos de bens, por motivos de ordem jurídica, econômica, política ou natural. Nesse caso, por óbvio, estar-se-á diante de bens **não-excluíveis**, que se compatibilizam com certa abordagem própria, tanto no âmbito da ciência econômica quanto no da jurídica.

No âmbito da ciência econômica, os bens não-excluíveis são tidos como bens em relação aos quais os mecanismos de mercado não garantem resultados eficientes. Decisões privadas sobre o consumo e a produção desses bens, por terem efeito sobre todos aqueles que deles comungam, podem não levar, em sua motivação privada, ao melhor resultado para todas as pessoas afetadas pela decisão. Em outros termos, o tema dos bens comuns está ligado ao das **externidades** (impactos das ações de certas pessoas sobre outras que não participaram da ação) e, portanto, ao das **falhas de mercado**³⁰. Em relação aos bens comuns, nem mesmo um pensamento econômico tradicional permitiria crer que a “mão invisível” do mercado levaria necessariamente compradores e vendedores movidos pelo interesse próprio a maximizar o benefício total que a sociedade poderia extrair do mercado³¹.

A não-exclusibilidade de um bem, portanto, implica, sob o prisma econômico da persecução da maximização da utilidade ou do bem-estar – da persecução

28/ Há uma importantíssima questão correlata a essa classificação envolvendo outro critério oriundo da economia, que é o critério da **rivalidade**. A discussão a respeito, todavia, não se comporta nos estreitos limites deste artigo, tendo sido desenvolvida, portanto, apenas no trabalho monográfico que lhe deu origem.

29/ MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 228-229.

30/ *Ibidem*, p. 208, 228 e 229.

31/ Ver, a propósito, HARRISON, Jeffrey L. **Law and economics in a nutshell**. 3. ed. St. Paul, Minn.: Thomson West, 2003, p. 336-341.

da eficiência, enfim –, estratégias próprias de organização da atividade econômica que não o sistema geral da formação de preços via mercado livre.

Ora, a mesma característica, ainda com maior razão, deveria inspirar, sob o prisma jurídico da persecução de ideais de justiça e de pacificação social, estratégias próprias de organização do espaço de relação intersubjetiva conformado em torno desse tipo de bem³². Afinal, o fato de se tratar de um bem afeto a uma multiplicidade de sujeitos implica, por si, que as condutas em torno dele geram um impacto intersubjetivo diferenciado, o que não pode ser negligenciado pelo direito.

Veja-se: do ponto de vista econômico, o fato de que as relações com um mesmo bem componham o conjunto de utilidades ou fatores de bem-estar de diversas pessoas implica, por via de consequência, a ineficiência de um esquema econômico que determine a relação das pessoas com esse bem a partir de sua ação individual imediatamente auto-interessada, dados os efeitos dessa ação sobre a utilidade ou o bem-estar das demais pessoas que dela não participem. Os recursos comuns que integram o meio ambiente são um excelente exemplo disso. Um esquema econômico que deixe por conta do mecanismo da livre formação de preços, com base em escolhas privadas, as decisões sobre quanto demandar e ofertar de produtos e serviços que envolvam o emprego de recursos comuns ambientais pode levar ao seu exaurimento, acarretando ainda diversas diminuições de utilidade ou de bem-estar para todas as pessoas, o que seria um resultado ineficiente³³.

Do ponto de vista do direito, analogamente, pode-se antever a injustiça de um esquema jurídico que determine a relação das pessoas com bens comuns a partir de direitos individuais imediatamente focados em suas esferas jurídicas particulares, dada a interferência do exercício desses direitos por alguém sobre a possibilidade de seu exercício pelos demais titulares do bem comum. Estes, não figurando como **partes** em uma específica relação jurídica travada entre determinados indivíduos e delimitada exclusivamente em torno da proteção jurídica dos interesses desses indivíduos, acabam, todavia, tendo sua esfera jurídica afetada, devido ao caráter comum do bem objeto da relação.

32/ Não se quer insinuar uma necessária associação entre eficiência econômica e justiça jurídica com essa afirmação de que bens comuns inspiram estratégias próprias para a persecução de uma e de outra. O que se quer, apenas, é destacar o vasto impacto intersubjetivo de condutas que envolvam esse tipo de bem. Esse dado, contudo, embora constitua uma premissa que não pode ser esquecida nem pelo direito nem pela economia, não conduz essas diferentes disciplinas intelectuais, necessariamente, a conclusões convergentes. O modo próprio como hão de articular tal premissa, de acordo com suas “lógicas”, ferramentas e objetivos específicos, faz toda a diferença.

33/ MANKIW, *ob. cit.*, p. 236.

Vê-se, pois, que a estrutura conceitual privatística da relação jurídica, que acabou se espalhando como modelo dominante para todos os ramos do direito, como se terá oportunidade de melhor examinar adiante, desampara talvez a maior parcela da interferência intersubjetiva de uma conduta desenvolvida em torno de bens comuns. Assim, por exemplo, a percepção jurídica da compra de algo cuja produção envolva intensivo emprego de recursos naturais apenas como a realização de um contrato de compra e venda entre um produtor/fornecedor A e um consumidor B excluiria do direito um gigantesco âmbito de interferência intersubjetiva. Afinal, focar-se-ia a disciplina jurídica numa relação visualizada como se dando entre os sujeitos A e B e envolvendo seus direitos, muito embora o objeto da relação esteja vinculado a interesses básicos de uma infinidade de pessoas. Esses interesses, contudo, não seriam juridicamente protegidos, se visualizada pelo direito apenas a relação entre A e B. Afinal, as interferências intersubjetivas juridicamente visíveis, nesse caso, seriam apenas as da conduta de A sobre B e vice-versa. Não seriam juridicamente visíveis as interferências das condutas de A e de B sobre C, D, E, F etc. Essas interferências seriam, quiçá, “politicamente” visíveis, “economicamente” visíveis, “sociologicamente” visíveis. Seu equacionamento não pertenceria, contudo, ao mundo propriamente jurídico, desembarcando no direito, quando muito, como dado posto. Com base em critérios “econômicos”, “políticos”, “sociológicos” etc., o governo poderia até embutir tal equacionamento na legislação, em normas de tributação, por exemplo, que, onerando a produção do objeto comprado de A por B, repercutissem “economicamente” sobre o preço da compra, desestimulando-a. Contudo, do ponto de vista “propriamente jurídico”, essa tributação seria visualizada como uma relação entre o produtor/fornecedor A e o fisco. Sua conexão com a relação de compra e venda entre A e B ou com as relações entre A e B e C, D, E, F etc. seria econômica, política, sociológica, mas não jurídica. Nessa linha, as relações plurilaterais em torno de bens comuns e seu equacionamento econômico, político ou sociológico seriam um dado metajurídico, posto para o direito, e não discutível em seu âmbito específico.

É bem verdade que o advento, no século XX, do debate sobre os denominados direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) representou um passo importantíssimo para a superação dessa linha de pensamento, dando margem ao enriquecimento do discurso jurídico com a

incorporação da abordagem de relações plurilaterais. Contudo, as transformações da mentalidade jurídica, nesse sentido, têm muito ainda o que avançar.

Muito embora a normatização processual referente à tutela jurisdicional de direitos coletivos tenha evoluído bastante, libertando-se de alguns dos referenciais inadequados oriundos da disciplina jurídico-processual clássica, relativa à tutela de direitos individuais – o que, em certa medida, se revela no perfil do núcleo normativo estruturado por meio da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985) e das disposições do Código de Defesa do Consumidor a respeito (Lei nº 8.078, de 1990, arts. 81 a 104) –, o fato é que o reconhecimento dos direitos coletivos materiais, em si, tem sido ainda tímido. A mentalidade dos profissionais do direito ainda não foi capaz de explorar diversas possibilidades abertas pela discussão em torno dos direitos coletivos, muito em razão de obstáculos culturais radicados exatamente na carência conceitual do discurso jurídico ainda dominante em relação às questões levantadas pela noção de justiça distributiva, a justiça das partilhas de bens comuns³⁴.

Ora, direitos coletivos são, precisamente, interesses juridicamente protegidos que ligam uma pluralidade de pessoas a um bem a elas comum, um bem de cuja utilização essas pessoas não se possam excluir reciprocamente, seja por motivos originariamente jurídicos, políticos, econômicos ou naturais. Direitos coletivos são, portanto, direitos que têm por objeto bens comuns a serem partilhados de acordo com esquemas de justiça distributiva. Ocorre, porém, que, havendo dificuldades para a percepção de diversas realidades socialmente compartilhadas como bens **jurídicos** comuns, seja qual for a fonte originária de sua não-exclusibilidade, dificulta-se a articulação de discursos baseados em esquemas de justiça distributiva e, portanto, o reconhecimento dos denominados direitos coletivos.

Por derradeiro, um último ponto relevante clama por consideração antes do encerramento deste tópico. Trata-se do fato de que as atividades de regulação financeira se envolvem com um rico conjunto de bens comuns. A moeda que circula pelo sistema financeiro e é afetada diretamente por essa circulação, por exemplo, é um complexo bem comum, de múltiplas funcionalidades (meio de pagamento, reserva de valor e unidade de conta). O sistema de pagamentos de

34/ Ver, a propósito, ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999, p. 89. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>>. Acesso em: 28/5/2006.

um país é outro bem comum de fundamental importância. O próprio mercado financeiro é, em si, um bem comum por excelência. Afinal, embora um mercado constitua precisamente um ambiente dentro do qual se promovem trocas de bens particulares, globalmente considerado, é ele um bem comum dos que participam, direta ou indiretamente, das transações que o compõem³⁵. Assim, considerando que a “mercadoria” transacionada no mercado financeiro, a moeda, viabiliza praticamente todos os demais mercados, que, *de per se*, já constituem bens comuns, se tem o sistema financeiro como uma espécie de bem comum “ao quadrado”. E, com efeito, o mercado financeiro talvez seja um dos que ostente externalidades mais intensamente, sendo, por isso, um dos setores mais regulamentados da economia³⁶. Seus riscos, bem como aqueles a que se submete cada instituição que o compõe, são ditos sistêmicos, em certa acepção, justamente porque ameaçam o sistema econômico como um todo³⁷.

5. Um certo processo histórico

É perceptível, todavia, que a visão de mundo hoje ainda dominante, especialmente na seara jurídica, e muito especialmente no seio da cultura brasileira, confere maior ênfase aos bens particulares do que aos comuns, examinados no tópico anterior, a despeito da importância destes para a vida de todos e de cada um. O que se vê, no tradicional panorama institucional em que se constitui o universo jurídico brasileiro, é a aludida ênfase, aferrada a parâmetros de justiça retributiva, numa percepção particularizada das relações intersubjetivas. Isso é resultado de um processo histórico investigado com precisão no valioso estudo apresentado por Lopes no quarto capítulo de sua citada obra “As Palavras e a Lei”. Destaca-se ali, *in verbis*:

35/ A caracterização dos mercados como bens comuns chega a encontrar-se positivada na Constituição de 1988, que, em seu art. 219, estabelece que o “mercado interno integra o patrimônio nacional”.

36/ “[...] o sistema financeiro está entre os setores mais duramente regulamentados da economia, e os bancos estão entre as instituições financeiras que estão sujeitas a mais regras legais. [...] Infelizmente, o processo normativo pode nem sempre funcionar bem, fato comprovado pelas recentes crises nos sistemas bancários, não só nos Estados Unidos mas também em muitos países no mundo inteiro.” (MISHKIN, Frederic S. **Moeda, bancos e mercados financeiros**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000, p. 179).

37/ Ver, a propósito, CORTEZ, Tiago Machado. O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes *et al.* (orgs.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 311-312.

Até o século XVII a justiça distributiva, a justiça das partilhas, não era assunto estranho aos juristas e por diversas razões. Em primeiro lugar, no plano das idéias e dos textos [...]. O assunto era familiar aos juristas porque a introdução ao estudo do direito fazia-se dentro de um arcabouço filosófico em que a distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa era um ponto de partida fundamental. [...] Nos seus comentários sobre as *Instituições* de Justiniano e respectiva *Glosa*, Bártolo elabora longamente os problemas da justiça [...]. Nos seus muitos pareceres (*consilia*) sobre questões controversas também é visível como transita das trocas para as partilhas com relativa freqüência. [...]

Em segundo lugar, era comum que os órgãos judicantes fossem simultaneamente órgãos de administração³⁸. As cortes eram assembléias de aconselhamento dos príncipes ou de deliberação em comum tanto sobre matérias “comutativas” quanto sobre matérias “distributivas”. [...]

A modernidade alterou substancialmente esse quadro. Pode-se dizer, sumariamente, que o tema da justiça foi cindido: o da justiça das trocas permaneceu com o direito e a justiça das partilhas de coisas comuns deslocou-se para a política. Começando com textos de vários jusnaturalistas, a justiça distributiva tendeu a perder seu lugar central na descrição do mundo do direito. A impoção contratualista concentrou a vida jurídica em um sistema de relações intersubjetivas bilaterais. Nas relações bilaterais a troca, e não a cooperação, ganhou precedência. [...] A esfera da justiça distributiva foi alocada à política. [...] ...essa separação permitiu ... que se estabelecessem com clareza instituições distintas para as duas “justiças”: para os casos comutativos, os tribunais comuns; para os casos distributivos, órgãos da administração ou do próprio Parlamento. E se entre administração e particulares surgissem conflitos, seriam eles tratados em órgãos administrativos especiais, semelhantes a tribunais, autorizados, porém, a levar em conta o tema por excelência da distribuição, o **bem comum**, chamado a partir de então de “bem público” ou “interesse público”. Perdida que estava a idéia mesma de uma justiça das distribuições racionalizada, não foi longo o caminho da equiparação pura e simples do interesse público com os interesses do Estado como pessoa individual (*persona ficta*) ou com a vontade da maioria. Assim, abriu-se a porta, outra vez, para deixar escapar dos juristas as idéias mínimas sobre a distribuição.³⁹

38/ Cf., a esse respeito, PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 31-32, especialmente nota 24.

39/ LOPES, 2004, p. 198-199.

A cultura jurídica brasileira, marcada, como salientado por Lopes⁴⁰, “por uma forte proteção do interesse privado, como aliás revela a pesquisa de Castro sobre o Supremo Tribunal Federal”⁴¹, é legatária do processo histórico elucidado no trecho transcrito. E esse perfil cultural, enraizado no desenvolvimento da prática e do pensamento político e jurídico ao longo do século XVIII⁴², dificulta a percepção jurídica do caráter coletivo e indivisível de diversos bens, comprometendo, assim, linhas de idéia que, partindo de tal percepção, pudessem levar à aplicação de regras de justiça distributiva e à congruente consideração de âmbitos de relação plurilaterais mais complexos.

Embora as questões de justiça distributiva e de justiça retributiva apontem, ambas, para parâmetros de disciplinamento de comportamentos e interesses intersubjetivamente interferentes ou, mais simplesmente, para esquemas de regras, que, como tais, seriam da alçada dos juristas, tomou curso, no século XVIII, uma separação progressiva entre política e direito, institucionalizada, num primeiro momento, pela atribuição do processamento de conflitos políticos a tribunais administrativos, relegando-se aos tribunais regulares a solução apenas dos conflitos ditos “jurídicos”. Como resultado dessa separação, o jurídico passou a ser confundido com o retributivo e o político, com o distributivo.

Outra forma de institucionalização da separação entre direito e política foi a consolidação, no século XIX, de uma rígida separação entre as funções do Estado. Rigorosamente apartadas as atividades de legislar e de julgar, à primeira coube a manipulação de questões que se passaram a considerar alheias à técnica dos juristas, limitada a um julgar de acordo com o que, num plano metajurídico, se tivesse previamente legislado. Cabendo à legislação o geral e abstrato – leia-se: o comum, o coletivo, o que seria do interesse de todos – e à jurisdição o particular e concreto – leia-se: o individual –, e cabendo ainda ao Poder rigorosamente especializado em aplicar o direito, o Judiciário – o poder dos técnicos do direito –, seguir estritamente as diretivas do Poder rigorosamente especializado em “criar” o direito, o Legislativo – o poder dos políticos –, foi um passo para que desaparecessem dos discursos propriamente jurídicos referenciais de análise

40/ LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, Fórum, ano 2, n. 8, p. 137-170, out./dez. 2004.

41/ CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jul. 1997, *apud* LOPES, out./dez. 2004, p. 138.

42/ LOPES, out./dez. 2004, p. 151.

crítica ligados a realidades gerais e abstratas – leia-se: a realidades comuns. Não cabendo aos juristas avaliar a lei, mas tão-somente aplicá-la, sua técnica deixou de reportar-se àquilo que caberia à lei dos políticos reger com exclusividade: o geral e abstrato – leia-se novamente: o comum e indivisível. Nesse contexto, os juristas tornaram-se seguidores formalistas de regras, acrílicos – até irresponsáveis em certo sentido –, apolíticos e privatistas.

As questões do todo, do macro, do que se distribuía pelo universo social, do que pertencia a todos e a ninguém em particular, como o bem-estar geral, a língua, os riscos sistêmicos, os pesos e medidas, o saneamento básico e o sistema monetário, foram alijadas da esfera da proteção jurídica. Passaram a ser tratadas num âmbito político que regia sua distribuição de acordo com critérios considerados metajurídicos. Essas questões, evidentemente, condicionavam a realidade jurídica, mas não eram disciplinadas pelo direito, que se ocupava das coisas particulares, que já houvessem sido distribuídas e separadas do cenário cooperativo da sociedade. Ou seja, o foco do raciocínio jurídico voltou-se para um conjunto de bens ou interesses precisamente separados e ligados a um titular bem determinado, percebendo-se até mesmo os denominados “bens públicos” como bens de propriedade do Estado, como pessoa individual (*persona ficta*). Desse modo, “particularizou-se” até o interesse público, convolado no interesse desse “Estado-indivíduo”. O universo simbólico dos bens jurídicos passou a contemplar, portanto, bens particulares e bens públicos, obscurecendo a percepção dos bens coletivos, comuns ou difusos.

Perceba-se, pois, o grau de alienação jurídica determinado por esse modo de ver as coisas. As questões do bem comum simplesmente deixam de dizer respeito, **juridicamente**, à esfera de interesses dos “comuns”. Passam a dizer respeito a uma figura individualizada do Estado como encarnação particularizada do bem de todos. Cada um dos que compõem o conjunto desses “todos”, porém, não tem juridicamente considerada sua esfera de interesses na partilha dos bens comuns que também lhe pertencem. A esfera de interesses que se considera é a do Estado-indivíduo, não a dos vários membros da respectiva comunidade sociopolítica. Assim, por exemplo, não se visualiza, juridicamente, o combate à sonegação fiscal perpetrada por um indivíduo X como algo determinado por direitos dos demais contribuintes, seus concidadãos, a uma distribuição justa dos encargos tributários da comunidade sociopolítica. A sonegação de um faz

aumentar a carga sobre os demais, mas não são os interesses destes que uma perspectiva jurídica presa a referenciais de justiça retributiva consegue enxergar. Os interesses que essa perspectiva percebe são os que se desenham numa relação bilateral entre o Estado-indivíduo-fisco e a pessoa-indivíduo-contribuinte. A personalidade jurídica do Estado funciona, aí, como uma corruptela, em terceira pessoa, de uma realidade na primeira pessoa do plural; uma canhestra representação que converte um conflito distributivo subjacente – ou talvez simplesmente o esconda – numa simplorizada relação bilateral administrável em linguagem ética retributiva.

As implicações desse modo de conceber as coisas, para a cultura jurídica, são enormes. E esse foi o modo como foram concebidas no contexto da modernidade, empedernido, até hoje, nas bases da mentalidade jurídica corrente.

6. Justiça distributiva e regulação financeira

Assentados os pontos mais importantes da estrutura conceitual que se explorou até aqui, pode-se iniciar este último tópico do artigo apresentando sua tese fundamental: um mercado é um bem comum dos que dele participam; o mercado financeiro, em especial, sendo comum, num certo sentido, a todos os demais mercados, que, direta ou indiretamente, dele participam, é um bem comum por excelência, e de toda a sociedade; sendo um bem comum por excelência, o esquema ético que se coaduna com a adequada disciplina jurídica de sua regulação é, sem dúvida, portanto, o da justiça distributiva. É esse o esquema que inspira as perguntas imprescindíveis ao desenvolvimento dessa disciplina.

O que significa, por exemplo, do ponto de vista de um raciocínio jurídico orientado por referenciais de justiça distributiva, uma política macroeconômica baseada no tripé **regime de metas de inflação, flutuação cambial e austeridade fiscal**? Quem ganha mais com essa política, no amplo espaço social onde se encontram todos os muitíssimos titulares do bem comum em jogo? Quem ganha menos, ou mesmo perde? Há proporcionalidade geométrica entre os que estão ganhando e os que estão perdendo, à luz de algum critério ético distributivo escolhido pela comunidade afetada?

Esses critérios podem ser vários: a cada um de acordo com sua capacidade; ou com seu esforço; ou com suas necessidades; ou com o proveito que gera para os demais; ou, ainda, de acordo com critérios combinados: um certo mínimo dos proveitos da política macroeconômica, abaixo do qual se consideraria atingida a dignidade humana, de acordo com as necessidades de cada um, porquanto considerados igualmente dignos os seres humanos; algo mais que isso, de acordo com o esforço de cada um, *e. g.*, porquanto considerados diferentemente esforçados esses mesmos seres humanos.

A escolha do critério ético de distribuição, contudo, não é a questão que se discute neste trabalho. O que se procura destacar é a pertinência das preocupações que o esquema da justiça distributiva pode trazer para o raciocínio e para os discursos jurídicos, independentemente do critério de distribuição que se pretenda adotar. Valem, por si, as perguntas corretas. Achar as respostas é uma outra questão, igualmente importante, mas diversa.

Veja-se que seriam outras as perguntas que se fariam, em relação à política econômico-financeira mencionada, partindo-se da perspectiva de uma disciplina intelectual do direito orientada por referenciais de justiça retributiva. Acaso restasse superada a forte tendência que têm os raciocínios jurídicos inspirados em esquemas de justiça retributiva de se restringirem a questões meramente formais – tendência essa cuja explicação, lamentavelmente, não coube nas limitadas proporções deste artigo –, enfatizar-se-iam indagações como: Quem estabeleceu essa política era mais poderoso do que um certo alguém que teve de se submeter a algum encargo dela decorrente? Se era, e se o tal alguém era um pobre coitado em relação ao poderoso estabelecido da política, então o pensamento retributivamente orientado, ou desorientado, apontaria para a necessidade de, para se ser justo, tirar do mais poderoso, que estabeleceu a política, o que ele tivesse a mais do que o mencionado “alguém”, no bojo de sua relação face a face com este, a fim de que se dividisse a diferença entre ambos, de modo a igualá-los aritmeticamente. Provavelmente não se perceberia, nesse caso, que tirar do mais poderoso poderia significar, apenas, tirar de outros pobres coitados.

Assim é que, por exemplo, se voltar contra a existência de cadastros de inadimplentes ou de emitentes de cheques sem fundos, por conta de uma aplicação do que alguns designam como “princípio do coitadinho”, que nada mais é do que um pensamento retributivista inadequadamente aplicado a uma questão de justiça

distributiva, prejudicaria todos os demais usuários do sistema, que teriam de “pagar a conta” da inadimplência, podendo inclusive se tornarem também inadimplentes, por força do aumento dos encargos que lhes seriam distribuídos.

Contudo, é muito comum esse tipo de desvio de perspectiva retributivista. Afinal, diante da mentalidade dominante, é fácil figurar as coisas como um conflito bilateral entre uma instituição estatal ou uma empresa financeira poderosa e um pobre consumidor levado à inadimplência por força das práticas perversas dessa empresa. Diante da representação desse quadro, é provável que se tenda a procurar igualar aritmeticamente as partes; tirar do poderoso para dar ao fraco. Entretanto, num ambiente de livre mercado, com livre fixação de preços, e mantidas as condições concorrenciais, pode ser que nada se retire, de fato, da empresa poderosa, senão de seus demais consumidores.

É claro que o pensamento distributivo não nega a possibilidade de que, a depender do caso, se considere justo tirar da empresa, e, portanto, de seus demais consumidores, algo que se entenda que deva ser entregue, de fato, a algum consumidor individual que tenha sido especialmente lesado. Mas o que se buscará, sob a égide de algum ideal de justiça distributiva, será igualar proporcionalmente os agentes do mercado entre si, consumidores e empresas, e não equalizar aritmeticamente a relação específica de um consumidor com uma empresa. Ou seja, a justiça distributiva visa à igualdade tanto quanto a justiça retributiva, mas sem deixar de considerar todos os que têm de receber o tratamento igual, sem esconder do modelo de relação jurídica os muitos que são afetados por uma conduta, regra ou decisão. E isso faz toda a diferença em termos de promoção de direitos, que são vantagens que, por definição, no contexto de um Estado democrático e republicano, carregam consigo um propósito de universalização. “Direitos” não-universalizáveis são, na verdade, privilégios, não são direitos, ou, pelo menos, não o são em um sentido democrático e republicano⁴³.

43/ “Fundada na noção de direitos, a democracia está apta a diferenciá-los de **privilégios** e **carências**. Um privilégio é, por definição, algo particular que não pode generalizar-se nem universalizar-se sem deixar de ser privilégio. Uma carência é uma falta também particular ou específica que desemboca numa demanda também particular ou específica, não conseguindo generalizar-se nem universalizar-se. Um direito, ao contrário de carências e privilégios, não é particular e específico, mas geral e universal, seja porque é o mesmo e válido para todos os indivíduos, grupos e classes sociais, seja porque embora diferenciado é reconhecido por todos (como é caso dos chamados direitos das minorias). Uma das práticas mais importantes da política democrática consiste justamente em propiciar ações capazes de unificar a dispersão e a particularidade das carências em **interesses comuns** e, graças a essa generalidade, fazê-las alcançar a esfera universal dos direitos.” (CHAUI, Marilena. Considerações sobre a democracia e alguns dos obstáculos à sua concretização. In: SEMINÁRIO OS SENTIDOS DA DEMOCRACIA E DA PARTICIPAÇÃO, 1., 1º a 3.7.2004, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: Instituto Pólis, 2004. Disponível em: <http://www.polis.org.br/seminario/para_coloquio_polis.htm>. Acesso em: 27/5/2006.).

Outro tema da regulação financeira em relação ao qual, vez por outra, se revelam desvios de perspectiva retributivistas é o da responsabilidade civil do Estado pelos atos de regulação. Do ponto de vista da justiça distributiva, não se poderia jamais olvidar que a responsabilização civil de entidades estatais reguladoras, como o Banco Central ou a CVM, significa distribuir os riscos assumidos pelos que participam do mercado para todos os contribuintes. Evidente, também nesse caso, que o pensamento distributivo não nega a possibilidade de que, a depender da situação, se considere justo tirar do Estado – e, portanto, de todos os contribuintes – algo que se entenda que deva ser entregue, mesmo, a algum investidor individual que, por exemplo, tenha sido especialmente lesado no âmbito do mercado financeiro. Mas o que se buscará, sob a égide de algum ideal de justiça distributiva, será igualar proporcionalmente os contribuintes, e não equalizar aritmeticamente a relação específica de um deles com uma entidade estatal reguladora.

Aliás, em casos envolvendo pretensões de responsabilização civil do Estado por ações ou omissões no desempenho de atribuições de regulação financeira, é preciso ter muito cuidado para que discursos jurídicos não acabem por transformar o Estado – todos os contribuintes, portanto – numa espécie de segurador universal de quaisquer riscos assumidos por particulares no âmbito do mercado financeiro. Afinal, isso equivaleria a privatizar bônus e socializar ônus, gerando desproporcionalidades geométricas – leiam-se injustiças distributivas – entre pessoas de diferentes classes sociais, já que os investimentos dos mais pobres, quando existem, são de menor risco e rentabilidade do que os dos mais ricos. Ou seja, responsabilizar civilmente entidades estatais por prejuízos sofridos por investidores particulares significa fazer com que os que ganham menos, por arriscarem menos, financiem um seguro para os que arriscam mais, para ganharem mais. Implicações como essa, por exemplo, não passariam despercebidas em discursos orientados por noções de justiça distributiva.

Veja-se que, na prática, até que não têm sido tão comuns decisões que responsabilizem o Banco Central, por exemplo, com base em alegações de omissão da autarquia no desempenho de suas atribuições fiscalizatórias. Contudo, a fundamentação dessas decisões, como se dá em relação ao geral das questões econômico-financeiras, não costuma enfrentar o âmagô da tensão distributiva, que, no caso, se forma em torno de uma pretensão de responsabilização civil

do Estado por conta de seu desempenho no âmbito da regulação financeira. E é certo que essas questões de fundamentação são tão ou mais sérias do que o desfecho dos processos em si, já que os discursos de justificação das decisões, mais do que a definição de um caso específico num ou noutro sentido, são o que deveria conduzir à formação de concepções mais compartilhadas de justiça entre os jurisdicionados, notadamente em se considerando a progressiva valorização do precedente judicial no cenário jurídico brasileiro.

Quanto à pertinência de discursos distributivos em relação a outras questões da regulação financeira, não é preciso se estender em mais razões. Já é visível que políticas monetárias, cambiais, de proteção ao consumidor bancário, de organização do sistema financeiro etc., todas elas, no contexto de uma república democrática, reclamam parâmetros de justiça distributiva, que é exatamente a justiça social, a justiça dos direitos universalizáveis. Atuações regulatórias como as enfileiradas no Programa de Incentivo à Redução da Presença do Estado na Atividade Bancária (PROES) ou no Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER), por exemplo, inspirariam abordagens jurídicas bem menos formalistas, por parte de seus defensores, ou meramente ideológicas, por seus críticos, à luz de referenciais de justiça distributiva consentâneos com o caráter eminentemente comum dos bens em razão dos quais foram concebidos esses programas.

Uma outra questão que atesta a falta dessa clara e sistemática visão panorâmica é a que respeita aos denominados instrumentos fiduciários⁴⁴. Quanto a estes, como destaca Castro⁴⁵, “o direito como disciplina em grande parte falhou”.

44/ “[...] nas sociedades de mercado contemporâneas, os interesses dos agentes econômicos passam a ser influenciados pelo Estado das seguintes maneiras: a) Mediante a intervenção normativa **direta**, envolvendo: (i) as atividades correspondentes aos serviços públicos, utilidades públicas, empresas do setor público e atividades estruturadas por meio dos contratos administrativos; e (ii) regulamentações da atividade privada, consistindo em licenciamentos, vedações e a inclusão de cláusulas de interesse público em contratos privados. Em todos esses casos, trata-se de instituições de caráter **coercitivo**, já que em tese pressupõem a possibilidade, em determinadas condições, de apelo ao poder de comando do Estado para a aplicação de sanções coercitivas. Tais instituições são mais facilmente passíveis de se tornarem inteligíveis por meio de referências discursivas a obrigações, direitos e deveres, e, por isso, **sobre elas os operadores do direito, especialmente os de orientação positivista, têm facilidade de se pronunciar**; e b) Alternativamente, a influência do Estado sobre os interesses econômicos pode ser feita de maneira *indireta*, mediante o controle de fluxos monetários. Neste último caso (controle dos fluxos monetários), a política pode ter caráter ora **coercitivo** (sistema tributário), ora **fiduciário** (mercado aberto e mercado financeiro internacional). Tipicamente, as políticas de natureza fiduciária não adquirem, facilmente, inteligibilidade por meio de referências discursivas densas a ‘direitos’, ‘obrigações’ e ‘deveres’ – e por isso **são mais dificilmente analisáveis por operadores do direito**.” (CASTRO, Marcus Faro de. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma Abordagem Pós-Neo-Clássica. *Revista Jurídica da Presidência da República*. Brasília, v. 7, n. 74, ago./set. 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/Marcus_rev74.htm>. Acesso em: 7/3/2006. Grifado.).

45/ *Ibidem*, p. 4.

E veja-se que ter falhado o direito em relação à disciplina do emprego de instrumentos fiduciários de política econômica significa que o discurso jurídico falhou, justamente, em relação ao elemento central da política econômica contemporânea. O regime de metas de inflação adotado no País foca-se, precisamente, no uso intensivo e constante das denominadas operações de mercado aberto com títulos da dívida pública. A opinião pública acompanha ansiosa a cobertura da mídia sobre as periódicas reuniões do Copom, quando se fixa a (meta da) famosa taxa Selic, que “calibra” o emprego das operações de mercado aberto com vistas a aumentar ou diminuir o crédito privado disponível no mercado, expandir ou reduzir a base monetária e elevar ou diminuir a oferta de moeda, o que tem influência direta sobre a inflação.

Note-se que esse tipo de instrumento dito fiduciário se articula por meio de negócios com particulares. O Estado compra e vende títulos financeiros, notadamente títulos da dívida pública, ou moedas estrangeiras e outros ativos expressos em moeda estrangeira. O tradicional enquadramento jurídico do que aí se estabelece aponta para um conjunto de vários negócios jurídicos entre o Estado e o particular X, e o particular Y, e assim por diante. Ou seja, a perspectiva jurídica ordinária enxerga, nos mecanismos fiduciários de regulação econômico-financeira, apenas um amontoado de relações bilaterais de troca.

Isso, porém, não é o que interessa do ponto de vista das incumbências de uma disciplina jurídica da regulação econômico-financeira. A uma disciplina jurídica incumbe, por definição, lidar com as interferências intersubjetivas emanadas daquilo que vise disciplinar. Destarte, a uma disciplina jurídica da regulação financeira incumbe lidar com as interferências intersubjetivas emanadas dos atos de regulação. E essas interferências, como se segue demonstrando, não cabem no desenho de um negócio jurídico.

A figura do negócio foi concebida, primacialmente, para estruturar juridicamente **internalidades**, ou seja, efeitos da ação de pessoa(s) determinada(s) sobre outra(s) pessoa(s) determinada(s) que, voluntariamente, tome(m) parte na ação. Terceiros que dela não tenham participado, inclusive, são enfaticamente excluídos da lógica do negócio, conforme reza um dos princípios fundamentais ligados a essa figura jurídica, o princípio da relatividade, segundo o qual *res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest* (o negócio firmado entre as partes não pode prejudicar nem beneficiar terceiros).

Ora, isso é a própria negação do sentido dos mecanismos fiduciários. Por meio das relações de compra e venda de títulos ou de moeda estrangeira que trava com os particulares, o que o Estado quer é justamente interferir sobre terceiros indeterminados. Ou seja, o foco de um enquadramento jurídico das operações de mercado aberto que se dispusesse a servir de referencial analítico para uma adequada disciplina da regulação financeira teria de ser a estruturação das **externalidades**, e não a das **internalidades**, das operações de mercado aberto. O mesmo vale, claro, para um adequado enquadramento jurídico das intervenções cambiais do Banco Central.

Perceba-se que as relações estabelecidas entre o Estado e os particulares, quando do emprego de instrumentos fiduciários, interessa, como negócio jurídico, aos particulares, não ao Estado. Nem mesmo é o patrimônio do Estado-indivíduo que, do ponto de vista dos propósitos regulatórios, está em jogo nessas relações. Claro que as operações de mercado aberto têm efeito sobre o financiamento e o endividamento do Estado, claro que as intervenções cambiais têm efeito sobre as suas reservas internacionais, mas não são esses bens, em sua dimensão de bens “particularizados” da pessoa jurídica estatal, que constituem o foco das ações do Estado ao manejar um instrumento fiduciário.

O bem em torno do qual se desenvolvem essas ações é o bem comum da estabilidade monetária. As relações em cujo esquema se inserem essas ações são relações plurilaterais que contemplam todos os usuários da moeda que se procura estabilizar e todos os que pagam os custos dos mecanismos fiduciários de estabilização. Em suma, um enquadramento jurídico adequado dos instrumentos fiduciários de política econômica exigiria, também, aportes conceituais inspirados na noção de justiça distributiva. Afinal, as interferências intersubjetivas emanadas dos atos de regulação em que se consubstanciam tanto as operações de mercado aberto quanto as intervenções do Banco Central no mercado de câmbio transcendem, e muito, os interesses patrimoniais do Estado e dos particulares que com ele transacionem no bojo desses mecanismos fiduciários.

Como se vê, portanto, a fixação em modelos conceituais retributivistas, seja em relação à manipulação de instrumentos regulatórios fiduciários, seja no tocante a políticas monetárias, cambiais, de proteção ao consumidor bancário, de organização do sistema financeiro etc., impediria o desenvolvimento de uma adequada disciplina jurídica da regulação financeira, tanto por obscurecer a

própria percepção do largo espectro de interferências intersubjetivas em jogo, quanto por inviabilizar a estruturação de uma proteção equânime – leia-se universalizável –, de acordo com critérios valorativos socialmente eleitos, aos interesses envolvidos nas complexas relações plurilaterais correspondentes.

7. Conclusão

Ao cabo dessa breve e fragmentária exposição, espera-se ter oferecido ao leitor um relance do valor que a noção de justiça distributiva pode ter como referencial teórico para a construção de uma adequada disciplina jurídica da regulação financeira. Evidentemente, ante as limitadas proporções do texto, não foram acalentadas pretensões de convencimento ou de demonstração formal de alguma tese. De todo modo, o trabalho terá alcançado tudo o que dele se poderia razoavelmente esperar acaso tenha despertado algum interesse por seu relevante tema.

Referências

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999, p. 89. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbc-soc/v14n39/1723.pdf>>. Acesso em: 28/5/2006.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

CASTRO, Marcus Faro de. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma Abordagem Pós-Neo-Clássica. **Revista Jurídica da Presidência da República**. Brasília, v. 7, n. 74, ago./set. 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/Marcus_rev74.htm>. Acesso em: 7/3/2006.

_____. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jul. 1997.

CHAUÍ, Marilena. Considerações sobre a democracia e alguns dos obstáculos à sua concretização. *In: SEMINÁRIO OS SENTIDOS DA DEMOCRACIA E DA PARTICIPAÇÃO*, 1., 1º a 3.7.2004, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: Instituto Pólis, 2004. Disponível em: <http://www.polis.org.br/seminario/para_coloquio_polis.htm>. Acesso em: 27/5/2006.

CORTEZ, Tiago Machado. O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário. *In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (orgs.). Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. **Sistema financeiro e responsabilidade social**. São Paulo: Textonovo, 2004.

HARRISON, Jeffrey L. **Law and economics in a nutshell**. 3. ed. St. Paul, Minn.: Thomson West, 2003.

HUME, David. Tratado da natureza humana (Volume II, Livro III, Parte II, Seção II, Da origem da justiça e da propriedade). *In: MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. A filosofia do Direito (primeiros princípios metafísicos da doutrina do Direito). *In: MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Editora 34 / Edesp, 2004.

_____. Raciocínio Jurídico e Economia. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Fórum, ano 2, n. 8, p. 137-170, out./dez. 2004.

_____. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 160, ano 40, p. 49-64, out./dez. 2003.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MISHKIN, Frederic S. **Moeda, bancos e mercados financeiros**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru, SP: Edipro, 2003.

O Estreitamento da Via Difusa no Controle de Constitucionalidade e a Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo*

Luciano José Pinheiro Barros **

1. Colocação do tema: quem deve ter acesso ao Supremo Tribunal Federal?
2. O controle difuso de constitucionalidade.
3. Aproximação entre os controles difuso e concentrado;
 - 3.1 Da pertinência temática;
 - 3.2 Do *amicus curiae*;
 - 3.3 Da designação de perito ou comissão de peritos;
 - 3.4 Da transcendência dos motivos determinantes.
4. A inovação da EC 45: repercussão geral sobre as questões constitucionais;
 - 4.1 Antecedentes;
 - 4.2 Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário;
 - 4.3 Conseqüências da delimitação do conceito de repercussão geral.
5. Conclusões.

1. Colocação do tema: quem deve ter acesso ao Supremo Tribunal Federal?

Se é verdade que a Constituição idealiza e programa uma pauta de idéias e valores, materializados em direitos fundamentais, que consagram garantias iminentes à dignidade do homem e à vida em sociedade, é verdade também que a mera previsão de direitos fundamentais no texto constitucional não é suficiente para o cumprimento da respectiva pauta. Os meios para tornar os direitos fundamentais efetivos devem ser acessíveis ao cidadão.

* Procurador do Banco Central e doutorando (Neoconstitucionalismo) pela UFPE.

** Pró-reitor Administrativo da Universidade Católica de Pernambuco e mestre (Neoconstitucionalismo) pela UFPE.

Talvez por isso, a formatação do Estado Democrático e Social de Direito, nos termos da Constituição de 1988, garantiu a inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, a ser promovida por meio da disponibilização de instrumentos adequados para a realização dos direitos fundamentais.

Para os fins do presente trabalho, cumpre ressaltar a importância que possui o recurso extraordinário no direito brasileiro para o sistema de proteção da Constituição, eis que, por meio dele, é possível, diante de uma violação constitucional, receber a apreciação do Supremo Tribunal Federal.

O acesso ao Supremo Tribunal Federal por qualquer um do povo que tenha contra si uma decisão violadora da Constituição situa-se num plano de defesa da Constituição ou, em outras palavras, de controle difuso de constitucionalidade. De fato, se, por um lado, o controle difuso de constitucionalidade não se resume à manipulação, pelo cidadão comum, do recurso extraordinário para fazer valer a norma constitucional no caso concreto, por outro lado, não há como desconsiderar que o referido recurso encontra-se ambientado no referido controle difuso, sendo, na verdade, um dos pontos culminantes de seu exercício, uma vez que oportunizará um apelo extremo no caso de violação à Constituição.

O curioso é observar que os parâmetros conhecidos do chamado controle difuso de constitucionalidade vêm sendo colocados em xeque, em face de outros métodos de controle concentrado da atuação erosiva do texto constitucional. Ele – o difuso – vem sofrendo um estreitamento, o que, de certa maneira, poderia sugerir uma ofensa ao próprio texto constitucional (no que tange ao acesso à justiça, na exata medida em que o cidadão passa a não mais poder utilizar plenamente o controle difuso).

A análise desse estreitamento da via difusa tem, neste trabalho, como foco central, a inovação trazida a lume pela Emenda Constitucional 45 (a chamada reforma do Poder Judiciário), especificamente quanto à inclusão do §3º no artigo 102, acrescentando um novo requisito de conhecimento do recurso extraordinário, a saber, a chamada demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Ou seja, para que o cidadão comum possa receber a atenção do Supremo Tribunal Federal no caso concreto, não basta mais apenas demonstrar e prequestionar a violação da Constituição nos autos. Deve, além disso, demonstrar que aquela violação pode repercutir para além das fronteiras do processo a ser julgado. Restringe-se, assim, o uso do recurso extraordinário, que

passa a poder ser utilizado não em qualquer caso de violação da Constituição, mas apenas naqueles casos que importem uma repercussão geral das questões constitucionais envolvidas.

Importante também destacar que, se a observação de um possível estreitamento da via difusa se entremostra saliente com a inclusão de um novo requisito de conhecimento do recurso extraordinário, há outros fatores sistêmicos que dão o tom desse estreitamento. Tais fatores referem-se à aproximação dos dois grandes modelos de controle de constitucionalidade, bem como à modificação das técnicas de suas decisões.

A inclusão da repercussão geral para o uso do recurso extraordinário, portanto, pode denotar um estreitamento da via difusa do controle de constitucionalidade, mormente quando se observa não apenas a referida inovação da EC/45, mas também, além dessa alteração pontual, toda uma gama de alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, como adiante será visto.

2. O controle difuso de constitucionalidade

O sistema de fiscalização constitucional brasileiro apresenta os processos de controle concentrado e difuso, com vistas à preservação e realização das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. De acordo com Bruno Noura de Moraes Rêgo, “o controle difuso, no Brasil, mostra-se mais adequado para garantir os direitos fundamentais, o que não significa que o controle concentrado também não o faça”¹.

Em regra, o controle difuso é levado a efeito no âmbito do debate judicial em torno de um caso concreto, cotidianamente, ao ensejo da defesa de interesses pessoais ou de algum direito, prestando-se mais à defesa do cidadão. A seu turno, o controle concentrado, no mais das vezes, é exercido em razão da verificação da validade de uma lei ou ato normativo, em face da Constituição, em análises abstratas², com elevado ingrediente político.

1/ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 259.

2/ Fala-se “no mais das vezes” porque a ação direta interventiva é um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade. Porém, não é *in abstracto*, e sim *in concreto*. Concentrado *in concreto*.

O controle difuso concede aos órgãos jurisdicionais a livre prerrogativa de proteger a Constituição e resolver as questões constitucionais a eles submetidas, em face da sua natureza jurídica. As decisões no controle difuso não sofrem interferência política, como se vê no controle concentrado.

A Constituição de 1988 prevê expressamente o controle difuso em, pelo menos, dois dispositivos: no inciso XXXV do art. 5º, que assegura o acesso ao Poder Judiciário, e no art. 97, relativo ao procedimento condizente com a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais. Intimamente ligado à garantia de acesso à justiça, o controle difuso é manejado por meio dos instrumentos colocados à disposição dos cidadãos. O controle difuso oportuniza ao cidadão buscar e obter a declaração de inconstitucionalidade, independentemente da manifestação ou motivação dos entes legitimados a propor as ditas ações constitucionais no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

A importância do controle difuso pode ser aferida, na prática, na medida em que, por meio da defesa de interesses subjetivos, dá-se a defesa da Constituição, desde a judicatura de primeira instância. Presente eventual inércia dos entes legitimados a propor as chamadas ações constitucionais, diante de questões que suscitam a declaração de inconstitucionalidade, o cidadão pode se valer do controle difuso³ para ver respeitado o seu direito fundamental e não ser obrigado a cumprir ato normativo inconstitucional.

No desempenho da função jurisdicional reservada ao Estado, tem-se que a ele cabe “densificar o princípio da soberania”⁴. A solução dos conflitos de interesses interpessoais, que envolvem questões constitucionais, enseja a “concretização” das normas contidas na Constituição, corolário da soberania, princípio fundamental eleito para a formação de um Estado Democrático e Social de Direito.⁵

O controle difuso enreda-se em conflitos de interesses interpessoais e especificidades de casos concretos levados a juízo. Nesse âmbito, o pronunciamento judicial leva em consideração um fato previsto em norma e a sua significação, que coexistem em uma unidade concreta.⁶ O controle difuso tem o condão de produzir julgamentos sob medida, realizando o direito específico a ser aplicado no caso concreto, sob a perspectiva da conformidade ou não com a Constituição.

3/ V.g. mandado de segurança.

4/ *Idem*, *Ob. cit.*, p. 15.

5/ Art. 1º, I, CF

6/ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 67.

Sem dúvida, a ampliação do acesso à justiça atende a uma necessidade óbvia de efetivação ou “concreção” dos direitos fundamentais na sociedade a que se dirige a Constituição. Amparado pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, o julgador pode desempenhar o controle de constitucionalidade na medida em que observe lesão ou ameaça a direito. Assim, o cidadão sempre terá à disposição as vias pavimentadas para a proteção dos seus direitos fundamentais. Essa perspectiva deixa claro que o controle difuso deve ser a regra para a proteção ou afirmação dos direitos fundamentais no sistema de fiscalização constitucional brasileiro, uma vez que – ao menos, em tese – é acessível a quem a ele necessite recorrer.

Resta saber, contudo, se a garantia de acesso ao Supremo Tribunal Federal, situada no plano do controle difuso de constitucionalidade, seria *conditio sine qua non* para a consagração de ditos direitos fundamentais e, pois, para a preservação do Estado Democrático de Direito. Ou, em outras palavras, se o controle difuso posto ao acesso do cidadão, para a preservação de dito Estado Democrático de Direito, deveria necessariamente, além de ser viabilizado por meio de diversos instrumentos processuais examinados pelos mais diversos juízes singulares e Tribunais (a pedido ou *ex officio*), também ser oferecido mediante o acesso do cidadão ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário.

É que, pela inovação trazida pela EC/45, o cidadão pode se utilizar do controle difuso, mas, por vezes, no contexto desse controle difuso, não será a ele oportunizado o acesso ao Supremo Tribunal Federal, mesmo havendo aparente violação da Constituição (violação sem repercussão geral continua sendo violação). Controle difuso é diferente de instrumentos do controle difuso. Assim, o controle difuso persiste acessível ao cidadão. O mesmo não ocorre em relação a um de seus instrumentos, o recurso extraordinário.

Ocorre que a idéia de uma “repercussão geral” mais parece adequada ao debate em um controle concentrado de constitucionalidade, com decisões *erga omnes*. Assim, à primeira vista, causaria espécie falar-se em “repercussão geral” no controle difuso, pois, como afirma Hugo de Brito Machado, “parece inquestionável que no funcionamento do controle difuso de constitucionalidade predomina o interesse individual”⁷.

7/ MACHADO, Hugo de Brito. Conhecimento do recurso extraordinário – Repercussão geral das questões constitucionais. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 34, janeiro, 2006, p. 49.

Nesse sentido, o estreitamento da via difusa por meio da exigência de demonstração da repercussão geral da questão constitucional debatida nos autos termina gerando um forte indicativo de aproximação dos modelos concentrado e difuso de controle de constitucionalidade.

3. Aproximação entre os controles difuso e concentrado

Se há, de fato, uma aproximação entre os dois grandes modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, essa aproximação se dá tanto do controle concentrado para o difuso, quanto do difuso para o concentrado.

O controle de constitucionalidade difuso encontra as suas origens no modelo norte-americano. Com efeito, no ano de 1803, o célebre julgado de John Marshall, proferido pela Suprema Corte, no caso *Marbury vs. Madison*, ofertou os fundamentos desse controle (muito embora, antes mesmo desse julgado, já fosse possível identificar as bases da opção pela Constituição em detrimento da lei na jurisprudência das cortes estaduais norte-americanas), que foi assimilado no Brasil em 1891.

A experiência de fiscalização constitucional brasileira gerou a convivência entre os modelos norte-americano (processo subjetivo, concreto) e europeu (processo objetivo, abstrato) de controle de constitucionalidade, com evidentes elementos de aproximação entre eles.

A perspectiva de mudança nos paradigmas de controle de constitucionalidade é orientada por uma aproximação entre os dois modelos, que não se dá em nome da excelência teórica de um modelo em detrimento do outro, mas de acordo com a experiência de cada país nesse campo. Em linhas gerais, enquanto o modelo norte-americano destaca a supremacia do Poder Judicial – em face do histórico de lutas pela liberdade que marca os Estados Unidos –, o modelo europeu concede prerrogativas ao Poder Judiciário para preservar a supremacia do Parlamento, presente o caráter político prognosticado por Kelsen no ambiente do controle de constitucionalidade.

Francisco Fernández Segado afirma que o modelo de controle de constitucionalidade europeu (formado pela idéia kelseniana do legislador negativo) não confiou aos juízes o poder para exercer a jurisdição constitucional, por não en-

xergar representatividade nessa casta aristocrática. Ainda assim, o citado doutrinador entende que, mesmo na Europa, os ordenamentos jurídicos vêm se aproximando mais do modelo norte-americano do que do formatado por Kelsen.⁸

Já no que diz respeito ao controle concentrado no Brasil, Gustavo Binbenbojm⁹ também identifica uma aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade e identifica uma verdadeira mitigação do processo objetivo pela via jurisprudencial do STF.

Com efeito, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, palco do processo objetivo, identifica-se a presença de elementos que atestam uma aproximação entre este e o processo subjetivo, decerto com vistas na legitimação da respectiva atuação judicial, como se verá em seguida.

3.1 Da pertinência temática

O instituto da pertinência temática, criação jurisprudencial que tem servido à aferição da legitimidade para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), constitui exemplo claro de aproximação entre os processos objetivo e subjetivo de controle de constitucionalidade, pois requisita o interesse de agir da parte, no âmbito do controle concentrado.

Os incisos do art. 103 da Constituição da República (com a redação dada pela EC/45), do art. 2º da Lei 9.868/1999 e do art. 2º da Lei 9.882/1999 reproduzem o mesmo conteúdo, atribuindo legitimidade a órgãos, pessoas e entes para promover ADIn, ADC e ADPF. Todavia, a jurisprudência do STF exige que seja demonstrada uma pertinência entre as prerrogativas ou os fins institucionais desses órgãos, pessoas ou entes e a matéria tratada pelo ato normativo questio-

8/ SEGADO, Francisco Fernández. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*. **Revista de Direito Público**, n. 2, out-nov-dez, 2003, p. 64. Segundo o autor, “*la Verfassungsvertragbarkeit kelseniana representa, por el contrario, un acto de desconfianza en los Jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico a favor del control jurisdiccional (difuso) de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida de un Estado de Derecho.*”

9/ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 142.

nado, passando a exigir a caracterização do chamado **interesse de agir**, como critério objetivo para o conhecimento das ditas ações constitucionais, no âmbito do processo objetivo do controle de constitucionalidade.

Curiosamente, um processo dito objetivo prescindiria do exame de interesses subjetivos, exatamente porque se trata de um processo no qual se discute **em tese** o direito objetivo. Assim, a demonstração de um interesse na causa, no modelo concentrado, indica uma aproximação com a jurisdição constitucional travada no ambiente difuso, local próprio para examinar interesses subjetivos no feito.

3.2 Do *amicus curiae*

Outro elemento de aproximação entre os processos objetivo e subjetivo de controle de constitucionalidade é a previsão do *amicus curiae*, conforme o §2º do art. 7º da Lei 9.868/1999 nas ADIn e ADC. No caso, a presença do amigo da corte teria o condão de abrandar o déficit de legitimidade que afeta o controle de constitucionalidade concentrado¹⁰.

O *amicus curiae* oferece os seus pontos de vista, em contribuição para o julgamento das referidas ações constitucionais propostas. A atuação dos amigos da corte dá-se mediante a apresentação de memoriais especializados, geralmente, sobre assuntos inéditos, inusitados, difíceis ou controversos, ocorrendo na medida de seus interesses no resultado do julgamento.

O STF diz que o *amicus curiae* é apenas um colaborador informal da corte, mas a doutrina não é unânime quanto a sua natureza, chegando a dizer que corresponde a uma intervenção de terceiros atípica ou a uma assistência qualificada, entre outras espécies de figuração, instrumentos, pois, próprios do controle

10/ MATTOS, Ana Leticia Queiroga de. *Amicus curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica**. São Paulo: Notadez, 2005, p. 66.

difuso, e não do concentrado, no qual a lei explicitamente veda a intervenção de terceiros (art. 7º, *caput*, da Lei 9.868/1999).¹¹

3.3 Da designação de perito ou comissão de peritos

O §1º do art. 9º da Lei 9.868/1999 encerra indicação clara da aproximação entre os processos objetivo e subjetivo, ao prever a designação de perito ou comissão de peritos no âmbito do controle concentrado.

É sabido que a perícia constitui modalidade de prova, voltada para o esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, em que um *expert* reúne e analisa elementos instrutórios à luz dos respectivos conhecimentos técnicos ou científicos. O laudo pericial ofertado concede fundamentos necessários ao entendimento veiculado na decisão, cumprindo assinalar que o direito a uma decisão fundamentada constitui instrumento jurídico eficaz contra práticas autoritárias e corruptas.

A admissão da prova pericial indica uma verdadeira mitigação do processo objetivo, que não se limita ao exame abstrato da norma em face da Constituição, mas passa a examinar, também, questões de fato que possam interferir no julgamento.

3.4 Da transcendência dos motivos determinantes

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da supremacia formal e material das normas constitucionais, vem afirmando que as decisões exaradas em sede de controle concentrado de constitucionalidade pos-

11/ Registre-se, por oportuno, que a Lei 11.418/2006, que regulamenta a adoção da repercussão geral nos recursos extraordinários, prevê o *amicus curiae* também no sistema difuso de constitucionalidade, quando do julgamento da repercussão geral, indicando mais uma aproximação entre os modelos, *verbis*: “Art. 543-A, §6º, do Código de Processo Civil – O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.” Impende ressaltar que referida lei decorreu da aprovação do projeto de Lei do Senado n. 12. Em dito projeto, o Senador Demóstenes Torres apresentou algumas emendas, incluindo a supressão do *amicus curiae*. Na ocasião, o relator do PLS 12, Senador José Jorge, por meio do Parecer 118/2006, de sua lavra, expressamente afirmou que, “como a função do instituto da repercussão geral é filtrar os recursos para que o STF se manifeste apenas quando a causa transcender os interesses subjetivos das partes, não se pode admitir a restrição ao *amicus curiae*, que poderá trazer elementos novos ao processo. Trata-se de figura **já consagrada na lei que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade**, e que, sem dúvida, será extremamente importante **também na aferição de repercussão geral do recurso extraordinário**.” (grifamos). (Informação publicada no *Diário do Senado Federal* em 15 de fevereiro de 2006, p. 4.772).

suem eficácia vinculante não apenas quanto à parte dispositiva declarada, mas também quanto aos motivos que determinaram a decisão, para tentar impedir a violação ao conteúdo essencial do acórdão. Assim, *v.g.*, muito embora possa o Excelso Pretório declarar a inconstitucionalidade de uma lei X, do estado Y, os fundamentos de sua decisão terão efeitos vinculantes para “inconstitucionalizar” uma idêntica lei A de um outro estado Z, que, todavia, não foi objeto do controle concentrado.¹²

Em um dado caso concreto, discutido na Reclamação 1.987/DF, o relator Ministro Maurício Corrêa identificou violação, por Tribunal inferior, da autoridade da decisão proferida anteriormente pelo Excelso Pretório em sede de ADIn, reconhecendo a essa decisão efeitos transcendentais à parte dispositiva. Entendeu o STF que o conteúdo essencial do acórdão (e não apenas da parte dispositiva) proferido na mencionada ação direta continha eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, tendo sido o referido conteúdo desrespeitado pelo Tribunal inferior. Na ocasião, o Ministro Maurício Corrêa expressamente asseverou que os “**fundamentos resultantes da interpretação** da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.” (grifamos)¹³

Nota-se, paulatinamente, uma tendência de aproximação entre o sistema difuso e o concentrado de constitucionalidade, na medida em que, no sistema difuso, os efeitos não poderiam ser transcendentais, exatamente porque a eficácia da decisão é apenas *inter partes*. Então, se se dão efeitos transcendentais às decisões no sistema difuso, realçam-se as duas espécies de decisões: (a) decisões sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade que impactam apenas o próprio processo e (b) decisões sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade de atos que podem gerar a chamada “repercussão geral”, ocasião em que poderia ser reconhecido o efeito transcendente. Assim, conclui-se, de passagem, que o próprio Excelso Pretório, antes mesmo da inovação trazida a lume pela EC/45, consubstanciada no §3º do art. 102, já tratava diferenciadamente os julgamentos no controle difuso que continham uma “repercussão geral”.

12/ *Vide* ADIn 2.868/PI, proposta em face de lei no Estado do Piauí, e *vide*, outrossim, posterior Reclamação Constitucional em face de ato de outro Estado (Recl 2.986 MC/SE), alegando violação, pelo último, dos fundamentos da decisão havida na ADIn citada. Disponível em www.stf.gov.br, consulta realizada em 28 de junho de 2006.

13/ Reclamação 1.987/DF, relator Min. Maurício Corrêa. Disponível em www.stf.gov.br, consulta realizada em 29 de junho de 2006.

Sobre o tema, pela importância, reproduz-se aqui o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na Reclamação 2.363/PA, reconhecendo o caráter transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes de decisão do Supremo Tribunal Federal:

A aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no *caput* e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame.

Também, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, assistiu-se ao efeito transcendente dado em acórdão do Recurso Extraordinário 197.917, que definiu os critérios da proporcionalidade da fixação do número de vereadores por município. Na ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que:

embora se cuide de um **caso concreto**, e malgrado a minha respeitosa dissonância da maioria, é preciso **dar uma orientação uniforme** a esse respeito **para todo o país**. (grifamos)¹⁴

Na mesma decisão, entendeu Gilmar Ferreira Mendes que a declaração de inconstitucionalidade efetuada no Recurso Extraordinário não necessitaria ser examinada pelo Senado Federal, na orientação do art. 52, X, em virtude do reconhecimento expresso de que, naquele caso, “estamos dando efeito transcendente”.¹⁵ Veja-se que o tratamento dado é semelhante às decisões de inconstitucio-

14/ Voto no Recurso Extraordinário 197.917. Disponível em www.stf.gov.br, consulta realizada em 25 de junho de 2006.

15/ *Id. Ibidem*.

nalidade no modelo concentrado no que tange à desnecessidade de retirada de eficácia pelo Senado.

Os critérios da proporcionalidade na fixação do número de vereadores presentes no Recurso Extraordinário acima citado vieram a embasar a formulação de ato normativo do Tribunal Superior Eleitoral, determinando os parâmetros que culminaram na redução do número de vereadores de todo o País. Contra a resolução do TSE, foi proposta a ADIn 3.345/DF, tendo entendido o Excelso Pretório que ele próprio teria conferido efeito transcendente aos fundamentos da decisão no RE 197.917, razão pela qual julgou constitucional o ato normativo fustigado.

O que ocorreu, então, foi que o próprio STF entendeu, em sede de ADIn, que teria ocorrido a transcendência dos motivos determinantes no julgamento do RE 197.917. Por tal razão, vinculou a decisão do processo objetivo aos motivos que determinaram a decisão no controle difuso de constitucionalidade, em razão da existência do mesmo tema (fundamento jurídico) em ambos os casos.

Curial, portanto, esclarecer que, na medida em que o Supremo Tribunal Federal concede efeitos transcendentais à decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, em sede de controle difuso (via recurso extraordinário), naturalmente se está diante de uma aproximação do modelo difuso ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, eis que os fundamentos daquela decisão, aparentemente utilizados apenas no interior da fronteira do processo *inter partes*, passam a transcender ao próprio processo, aplicando-se a outros casos, desenhando-se uma espécie de efeito geral (efeito típico de decisões oriundas de um controle concentrado). Ou, em outro enfoque, passa-se a admitir algo parecido com o chamado *stare decisis* do direito norte-americano, no qual os precedentes, havidos em processos subjetivos, passam a ser de observância obrigatória para além das fronteiras do processo primitivo, aplicando-se de maneira geral.

4. A inovação da EC/45: repercussão geral sobre as questões constitucionais

A EC/45 apresenta inovação em matéria de controle de constitucionalidade, acrescentando o §3º ao art. 102 da CF de 1988, nos seguintes termos:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Bem se vê que a inovação acima referida gera uma grande aproximação do modelo difuso para o concentrado, local que seria próprio para o debate de questões constitucionais com “repercussão geral”. Como afirma Hugo de Brito Machado:

A nova exigência, albergada agora pelo §3º do art. 102, da Constituição Federal, surgiu para **aproximar o controle difuso do denominado controle concentrado** de constitucionalidade, no qual o que realmente importa é a repercussão geral da questão constitucional. (grifamos)¹⁶

4.1 Antecedentes

Se, no Direito alienígena, a repercussão geral pode ter sido inspirada pelo *writ of certiorari* estadunidense,¹⁷ bem se vê que a repercussão geral não é novidade no direito brasileiro. No direito anterior à vigente Constituição, havia a chamada argüição de relevância, presente no art. 327, §1º, do RISTF, objeto da reforma processual encampada na Emenda Constitucional 7, de 13/4/1977. Na verdade, a referida emenda deu nova redação ao então §1º do art. 119, concedendo uma espécie de delegação para que o Regimento do Supremo Tribunal viesse a disciplinar as causas com relevância de questão federal que poderiam ser objeto de exame por parte da Suprema Corte brasileira. Todavia, sob a insígnia da argüição de relevância, o instituto não foi recepcionado pela CF de 1988, cujos ares de abertura democrática, também presentes na demarcação dos requisitos para a admissibilidade do recurso extraordinário, conduziram os constituintes a considerarem-no um “entulho autoritário” – o que foi um equívoco, até porque esse instituto existiu durante um período em que as bases da redemocratização

16/ MACHADO, Hugo de Brito. Conhecimento do recurso extraordinário – Repercussão geral das questões constitucionais. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 34, janeiro, 2006, p. 49.

17/ Conferir a respeito TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário (analisada e comentada)*. São Paulo: Método, 2005, p. 212.

do Brasil eram lançadas e o conceito vago de relevância poderia até dar vazão a anseios por libertação ideológica.

Tanto o antigo instituto da relevância como a nova exigência de repercussão geral oportunizam a fluida aplicação de critérios políticos no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário.

Sobre o tema, Evandro Lins e Silva, em artigo escrito ainda sob a égide da Constituição pretérita, nos idos da década de 70, defendia a necessidade da demonstração de relevância, retirando do exame do Supremo Tribunal Federal casos de menor importância, como, *v. g.*, contravenções penais, ações de despejo e acidentes de trânsito (exceto se tais matérias ensejassem uma causa superior que exigisse do Excelso Pretório uma intervenção, em vista do caráter extraordinário da importância da causa). O autor é enfático ao afirmar que a demonstração da relevância da questão federal não se dava em razão do valor da causa ou de seu impacto econômico, mas, sim, de um superior interesse público ou de um respeitável direito individual eventualmente não acatado, gerando a abertura da via extraordinária: “uma demanda aparentemente insignificante pode trazer em seu bojo uma relevante questão de direito (...) o texto da emenda deixou expresso que a questão federal ‘relevante’ permite o recurso extraordinário, independentemente do valor, da natureza ou da espécie da causa.”¹⁸

4.2 Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário

O instituto da repercussão geral figura no rol de requisitos para a admissibilidade do recurso extraordinário, com vistas à diminuição do número de processos que atualmente ocupa o STF, sob os reclamos por um melhor desempenho no campo da jurisdição constitucional. A previsão da repercussão geral na EC/45 (§3º do art. 103 da CF/1988), ao lado de outras disposições, preconiza a criação de uma espécie de filtro para as causas a serem apreciadas pelo STF.

18/ LINS E SILVA, Evandro. O recurso extraordinário e a relevância da questão federal. **Revista Forense**, v. 255, p. 43. Em verdade, pelo texto da Emenda, a antiga relevância da questão federal, prevista no regimento interno do Supremo Tribunal Federal (devidamente autorizada pela Constituição), partia de uma presunção absoluta de que as causas de vultoso valor eram relevantes, enquanto as causas de valor menor poderiam ou não ser relevantes.

No particular, a EC/45 criou norma de eficácia limitada, pois decorre do seu texto a necessidade de elaboração de lei que regulamente a argüição de repercussão geral¹⁹, o que veio a ocorrer em 19 de dezembro de 2006, com a edição da Lei 11.418. Antes, portanto, da referida lei, repercussão geral não poderia ser exigida nos recursos extraordinários.

Sem dúvida, a EC/45 confiou à lei os parâmetros iniciais do que alcançará a repercussão geral, cabendo-lhe regular o procedimento para a sua aferição, bem como densificar materialmente a respectiva configuração, o que, de toda sorte, será desdobrado nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

Pode-se dizer que, no modelo não recepcionado pela CF de 1988, argüia-se o reconhecimento da relevância da matéria levada ao STF, para a admissibilidade do recurso extraordinário, ainda que os demais requisitos não estivessem atendidos. A argüição de relevância tinha o condão de justificar o conhecimento do apelo extremo, mesmo diante de hipóteses taxativas de não-cabimento, numa perspectiva de inclusão. Presentemente, o que se exige é o reconhecimento da irrelevância ou ausência de repercussão geral, pela manifestação de dois terços dos membros do STF, para o não-conhecimento do apelo extremo, consoante reza o §3º do art. 102 da Constituição Federal de 1988. O recurso extraordinário não será admitido se a matéria nele aviada não repercutir junto à sociedade, segundo o entendimento de oito ministros da corte constitucional, ainda observados os demais requisitos de cabimento. De toda sorte, esse *quorum* qualificado deixa claro que a EC 45 presume a relevância das matérias levadas ao STF pela via do recurso extraordinário, presente que, em princípio, as questões constitucionais encerram relevância e só não serão conhecidas se forem rejeitadas por aquela maioria especial.

A Lei nº 11.418/2006, originada a partir do projeto de Lei do Senado (PLS 12)²⁰, regulamentou o §3º do art. 102 da Constituição, acrescentando dois artigos no Código de Processo Civil, a saber, o 543-A e o 543-B. No que tange à admissibilidade do recurso, o art. 543-A, §2º, determina que “o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”. Posteriormente, o §4º do

19/ O artigo 7º da EC 45 fixou prazo para a elaboração dos projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada.

20/ Recebido pela secretaria geral da mesa em 7 de dezembro de 2006. Informação obtida em 10/12/2006, no endereço eletrônico: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=76457.

mesmo artigo declara que, “se a turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”.

Observe-se, então, que a reserva de plenário por dois terços (§3º do art. 103) apenas será adotada na não-identificação da repercussão geral, não sendo, pois, competência reservada ao plenário a afirmação da presença de tal requisito de admissibilidade e, posteriormente, o julgamento do próprio recurso em si. Até mesmo porque a competência para o julgamento dos recursos extraordinários pertence às Turmas, e não ao Pleno.

Sobre o assunto, André Santa Cruz Ramos sugeria que a regulamentação deveria ser idêntica ao procedimento adotado para o julgamento do incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais (art. 480 e ss. do CPC), afirmando que apenas quando a Turma entendesse ausente o requisito da repercussão é que deveria submeter a matéria ao Pleno: “o relator, quando entender ausente a repercussão geral, submete a questão para apreciação da Turma. Se esta discordar da posição do relator, admite o RE e o julga. Caso a Turma, porém, concorde com o relator, entendendo estar ausente o requisito da repercussão geral, submete a questão à apreciação do Pleno, em decisão irrecorrível.”²¹

Essa, todavia, não foi a forma adotada pela Lei 11.418/2006 (pelo menos não integralmente). É que, de acordo com a lei, há um *quorum* qualificado a ser obedecido pela Turma do Supremo Tribunal Federal que vier a apreciar o recurso extraordinário, de quatro membros para decidir sobre a presença do requisito de repercussão geral (cada uma das duas Turmas do STF possui cinco membros em sua composição). Tal normatização, muito embora trate da existência da repercussão geral (e não da inexistência, consoante reza a EC 45), atribui um *quorum* que, se atingido na Turma, impossibilitaria a declaração de inexistência de repercussão geral por dois terços dos membros do plenário do Supremo Tri-

21/ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Da necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário (art. 102, §3º, da CF/1988). *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 32, novembro, 2005, p. 16.

22/ Por isso mesmo, Marcelo Fêres menciona que “não se pode confundir, assim, a atual repercussão geral (ou transcendência) com a antiga argüição de relevância. Enquanto esta constituía um mecanismo de atribuição de admissibilidade apenas a recursos que não se encontrassem expressamente previstos na enumeração regimental, aquela é exigida de todo e qualquer apelo extraordinário, ao menos na vocação literal do novo inciso III [sic] do artigo 102 da Constituição da República”. FÊRES, Marcelo Andrade. Impactos da emenda constitucional n. 45/2004 sobre o recurso extraordinário: a repercussão geral (ou transcendência) e a nova alínea *d* do inciso III do art. 102 da Constituição. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 39, junho, 2006, p. 109.

bunal Federal. Aí está, então, a razão da necessidade de se conseguir o voto de quatro dos cinco membros da turma. Portanto, a decisão pela “maioria em três”, declarando em preliminar a existência da repercussão geral, não livra o processo da reserva de plenário.

Observa-se, na verdade, uma inversão no sentido da aferição da relevância ou repercussão geral, no atual modelo, em face do anteriormente experimentada²²; e, mesmo com a regulamentação legal do instituto, a EC/45 enseja evidente exercício do subjetivismo e da discricionariedade do STF para julgar o que é relevante ou repercute de forma geral, aspecto que será adiante examinado. Dá-se a permissão para o STF decidir politicamente as causas que vai ou não julgar – o que (i) não causa estranheza, até mesmo em face do caráter marcadamente político do texto constitucional, e (ii) também não significa dizer que tais decisões serão necessariamente contaminadas por aspectos ideológicos ou partidários.

As decisões do STF, na condição de guardião da Constituição, devem ter um alcance político na medida em que densifiquem e concretizem os valores e fins constitucionalmente defendidos. E, nesse passo, vale pontuar que a decisão sobre a repercussão geral das causas envidadas em recurso extraordinário, admitindo-o ou não, como toda decisão judicial, necessariamente, deverá ser alicerçada²³ em critérios objetivos e, mais do que isso, orientada pelo direito fundamental de acesso à justiça²⁴. Assim, desde a concepção judicial do que é repercussão geral até a decisão que a reconheça ou não, nas causas levadas ao STF, pela via do recurso extraordinário, devem estar presentes os mandamentos constitucionais, que ofertam o desenho do respectivo sistema jurídico.

4.3 Conseqüências da delimitação do conceito de repercussão geral

De se ver que a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário poderá ser entendida a partir dos reflexos na ordem jurídica, considerando-se os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa. Essa assertiva tem como referência os parâmetros da argüição de relevância, presentes no art. 327, §1º, do RISTF, objeto da reforma

23/ Art. 93, IX, CF.

24/ Art. 5º, XXXV, CF.

processual encampada na EC/07, de 13/4/1977, e que se assemelha à atual repercussão geral.

Convém pontuar que o §3º do art. 102 da CF/1988 diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade, cujo foco principal é a garantia de direitos fundamentais. Nessa disposição, é possível – e importa – concluir que a repercussão geral das questões constitucionais se dá nos casos em que a matéria transcenda os interesses interpessoais conflitados e alcance o interesse geral.

Assim, por mais relevante que a matéria constitucional aviada em recurso extraordinário venha a ser na esfera individual – e ainda que surgida a partir de erro *in judicando*, na aplicação ou interpretação da lei, por tribunal ou juiz *a quo* –, a sua admissibilidade pelo STF restaria prejudicada, por não transcender a um interesse maior que toque toda a sociedade.

O que não pode ser negado é que a expressão “repercussão geral” comporta inúmeras idéias e um alto grau de subjetivismo na delimitação de tal conceito.

Mas, sobre o assunto, dizia Evandro Lins e Silva, referindo-se à antiga argüição de relevância, que, se a definição da caracterização do requisito de relevância era por demais subjetiva, as outras hipóteses de admissibilidade do recurso extraordinário também eram subjetivas, ao seu modo e em seu devido grau. Assim, entendia descabida a crítica à relevância pelo critério da subjetividade, eis que essa mesma subjetividade sempre esteve presente na construção jurisprudencial do Supremo, no que tange ao tema da admissibilidade do recurso extraordinário.²⁵

Assim, como previsto, os parlamentares, por meio do projeto de lei que regulamenta o §3º do art. 102 da CF/1988 (o já mencionado PLS 12, transformado na Lei 11.418/2006), tentaram delimitar o conceito de repercussão geral para fins de exame de admissibilidade, aproximando-se por vezes da regulamentação aplicável à antiga argüição de relevância da Constituição passada. No projeto, constava artigo determinando que, “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.” (determinação agora prevista na Lei 11.418/2006, incluindo o §1º do art. 543-A do CPC – Código de Processo Civil). Em outro ponto, a Lei 11.418 incluiu outro

25/ O exemplo mencionado pelo autor refere-se ao cabimento do extraordinário em caso de negativa de **vigência** a norma da constituição, tendo o Supremo Tribunal Federal estendido tal cabimento também em face da negativa de eficácia da norma constitucional. LINS E SILVA, Evandro. O recurso extraordinário e a relevância da questão federal. **Revista Forense**, v. 255, p. 44.

dispositivo no CPC estabelecendo uma presunção de existência de repercussão geral, ao prever que ela estará presente sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Há, assim, uma hipótese objetivamente identificável (ou, melhor dizendo, menos subjetivamente identificável) – a decisão contrária à súmula ou entendimento dominante do Tribunal – e outra subjetivamente (ou mais subjetivamente) identificável – a questão relevante sob o aspecto econômico, político, social e jurídico.

É que, no primeiro caso, a Lei 11.418/2006 não define quais são as questões relevantes. Apenas define sob quais aspectos elas podem ser consideradas relevantes: social, político, econômico e jurídico.

Juvêncio Viana relata a experiência do direito norte-americano acerca do *writ of certiorari*, esclarecendo que questões como, *v. g.*, sistema eleitoral, separação de poderes, segurança nacional e assuntos do Exterior, liberdade de comércio, devido processo legal substantivo, poder jurisdicional e liberdades civis seriam, em regra, assuntos considerados de repercussão geral. Ainda, diz o mencionado autor que “a noção de repercussão geral passa pela idéia de, no caso concreto, depararmos com reflexos trazidos pelo julgamento da demanda, capazes de extrapolar o mero interesse das partes e de, muitas vezes, afetar a própria coletividade”²⁶.

É, de fato, um conceito jurídico indeterminado que será preenchido caso a caso, de acordo com a jurisprudência, devendo a decisão, por óbvio, ser motivada, esclarecendo os pontos de partida e os pontos de chegada para que as partes possam acompanhar a evolução, no processo, da construção do entendimento da relevância e seus impactos nas quatro esferas acima citadas, em que a repercussão geral deve mais ser entendida como não-individual do que como nacional.

Uma vez definido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal que uma determinada causa possui repercussão geral, identifica-se um elemento aproximador do modelo difuso para o concentrado de constitucionalidade. É que, de acordo com o Projeto de Lei 12, derivado da EC/45 e traduzido finalmente na publicação da Lei 11.418/2006, uma vez “negada a existência da repercussão geral, **a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos**

26/ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Questão de repercussão geral (§3º do art. 102 da Constituição Federal) e a admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 30, setembro, 2005, p. 81.

liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (grifamos).

Assim, entremostra-se desnecessária, diante de casos idênticos, a reserva de plenário para caracterização, caso a caso, da inexistência de repercussão geral.

Os efeitos *erga omnes* da decisão do Plenário terão o condão de estreitar a via difusa em todos os casos idênticos ao já tratado pelo Excelso Pretório, nos quais a decisão sobre a relevância da questão constitucional seria para todos (muito embora se trate de controle difuso de constitucionalidade).

A situação mostra-se mais complexa na medida em que, ainda de acordo com a Lei 11.418/2006, diante da multiplicidade de recursos já interpostos com idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal de origem escolher um ou mais recursos representativos de tal controvérsia e encaminhá-los ao Excelso Pretório, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.²⁷ Se negada a existência de repercussão geral, todos os recursos sobrestados “considerar-se-ão **automaticamente** não admitidos” (grifamos). Se admitida a repercussão geral, vindo a ser julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, concedendo-se a estes o direito de retratação, diante da decisão que tiver sido proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Se acaso for mantida a decisão pelo Tribunal de origem, a Lei 11.418/2006 concede ao Supremo Tribunal, independentemente da reserva de plenário, a possibilidade de cassar liminarmente a decisão contrária ao precedente, aplicando, pois, o próprio precedente.

Reconhecendo-se a repercussão geral, vislumbra-se, também como consequência, uma sintonia com o âmbito de aplicação do artigo 52, X, da CF nos recursos extraordinários (pelo artigo 52, X, o Senado Federal seria provocado para, querendo, retirar a eficácia de lei declarada inconstitucional por decisão

27/ Essa escolha pelo Tribunal de origem acerca de qual processo será remetido ao Supremo Tribunal Federal remonta a um traço distintivo entre o “recurso de revisão” do direito alemão e o *certiorari* do direito norte-americano. É que, enquanto neste cabe uma ampla discricionariedade à Suprema Corte na escolha dos processos que irão receber a sua atenção, naquele outro, do direito alemão, é o próprio tribunal de origem que se manifesta a respeito da existência de uma importância fundamental da causa, trazendo tal declaração no bojo do acórdão (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Op cit*, p. 77). Nesse sentido, pela leitura da Lei 11.418/2006, nota-se que o direito brasileiro se aproxima mais do direito alemão que do direito norte-americano, ao conceder aos tribunais de origem a escolha dos processos que serão remetidos para o Supremo Tribunal Federal, sobrestando-se os demais. Não é sem razão que o projeto de lei, aprovado no estado em que atualmente se encontra, teve na sua formulação a participação do Min. Gilmar Ferreira Mendes, de acordo com o que resta consignado no parecer 118/2006 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ao examinar o Projeto de Lei do Senado 12, *verbis*: “o texto do substitutivo que foi aprovado por esta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania deriva de texto elaborado por dois dos mais eminentes juristas brasileiros: os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Cezar Peluso, ambos do Supremo Tribunal Federal”.

definitiva do Supremo Tribunal Federal). Tal dispositivo tem sido entendido como uma forma de dar eficácia *erga omnes* a um processo com efeitos apenas *inter partes*. Isso é um forte argumento para demonstrar que o recurso extraordinário efetivamente apenas poderia ser manuseado se a inconstitucionalidade alegada contivesse uma repercussão geral. Caso contrário, sendo a inconstitucionalidade nos autos alegada em face de um ato administrativo, por exemplo, de efeitos individuais, concretos e sem repercussão geral, não haveria de ter razão a participação do Senado Federal na retirada da eficácia da norma, eis que, sendo a norma fustigada dirigida a apenas uma pessoa, a decisão judicial já o teria feito.

Assim, sendo um conceito indeterminado, a ser densificado caso a caso (o de repercussão geral), as suas conseqüências são de inevitável resguardo e preservação do Supremo Tribunal Federal como Órgão que se aproxima cada vez mais a uma Corte Constitucional, em detrimento de sua consideração de Suprema Corte.

5. Conclusões

Ausente a repercussão geral da questão constitucional, o cidadão pode alegar que ainda continuará tendo contra si uma decisão inconstitucional, mas não terá mais como alterá-la no apelo extraordinário, eis que essa inconstitucionalidade não repercute “geralmente”, mas, sim, apenas “individualmente”.

Diante disso, poder-se-ia aparentemente sustentar que a EC/45 não valorizou a defesa da Constituição, eis que a ausência do recurso ao Supremo perpetuaria a decisão contrária à Constituição.

Assim, por exemplo, um cidadão que interpõe apelação após uma sentença que lhe é contrária não poderá manipular o recurso extraordinário se a alegada inconstitucionalidade da sentença e do acórdão que julgou a apelação contiver uma inconstitucionalidade que não seja de repercussão geral. E, registre-se, quando se afirma que há inconstitucionalidade sem repercussão geral, já se está a afirmar que a inconstitucionalidade está presente. Assim, poder-se-ia pensar que a EC/45, ao impedir o particular de se socorrer da via extraordinária para reverter a inconstitucionalidade mencionada, teria, em tese, ferido o princípio da supremacia constitucional, eis que valorizou mais uma decisão inconstitucional

e desprestigiou a própria Constituição, ao permitir a continuidade no ordenamento jurídico de uma decisão conflitante com o texto maior.

Mas, é também de se registrar, o acórdão não passível de recurso extraordinário apenas seria inconstitucional (mesmo que a inconstitucionalidade seja diminuta) na visão e ótica do prejudicado, eis que, na visão do próprio ordenamento jurídico, ele seria sim constitucional, pois recebera a adequada apreciação jurisdicional, no exercício do controle difuso por um juiz e por um Tribunal **competente** (muito embora não tenha recebido também pelo Supremo Tribunal). Não se pode extrair do art. 5º, XXXV, a petrificação de um **pseudo** direito-irrestrito-à-“terceira-instância” (a extraordinária). O cidadão pode continuar utilizando-se do controle difuso, perante qualquer juiz ou Tribunal, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal, sendo que, neste caso, apenas se demonstrados os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário. Houve, na verdade, uma redefinição das competências.

O que fez a Emenda, então, foi apenas delimitar quem teria o poder de discutir a inconstitucionalidade de uma norma no sistema difuso, restringindo a participação do Supremo Tribunal Federal nesse mesmo controle difuso.

Não se trata, pois, de permitir que uma decisão inconstitucional permaneça em vigor no ordenamento jurídico pela impossibilidade de manipulação do apelo extremo, mas se trata, certamente, de delimitar quem, no direito brasileiro, pode exercer o controle difuso de constitucionalidade.

O papel do Supremo no controle difuso ficaria, portanto, restrito, apenas sendo cabível a sua participação nos casos de identificação de inconstitucionalidades que acarretem repercussão geral. Nesses casos, exatamente porque poderiam gerar um efeito multiplicador, o Supremo estaria ainda autorizado a agir, julgando o recurso extraordinário eventualmente aviado.

Como consectário lógico, se está o Supremo a julgar um caso que poderá ter repercussão geral, a decisão no recurso extraordinário, tradicionalmente com efeitos apenas *inter partes*, passa a receber, por parte do Excelso Pretório, uma atenção especial em relação a seus efeitos, eis que, a exemplo da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão, estendem-se os efeitos da decisão sobre a repercussão geral a outros casos, futuros inclusive.

Tudo isso faz demonstrar uma patente aproximação entre os modelos difuso e concentrado de constitucionalidade, que, além de todos os sincretismos apon-

tados, dá-se mediante um estreitamento da via difusa, na medida em que se valoriza o Supremo Tribunal Federal não como uma Suprema Corte, órgão de cúpula do Judiciário, mas, sim, como uma Corte Constitucional, destinada a ser provocada em casos de interesse geral, seja por meio da ampliação das possibilidades de atuação no controle concentrado, efetivada pela atual Constituição, seja por meio da atuação do Supremo restrita, no controle difuso, a questões não-individuais, de repercussão geral.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FÉRES, Marcelo Andrade. Impactos da emenda constitucional n. 45/2004 sobre o recurso extraordinário: a repercussão geral (ou transcendência) e a nova alínea *d* do inciso III do art. 102 da Constituição. **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 39, junho, 2006.

LINS E SILVA, Evandro. O recurso extraordinário e a relevância da questão federal. **Revista Forense**, v. 255.

MACHADO, Hugo de Brito. Conhecimento do recurso extraordinário – Repercussão geral das questões constitucionais. **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 34, janeiro, 2006.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica**. São Paulo: Notadez, 2005, p. 66.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Da necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário (art. 102, §3º, da CF/88). **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 32, novembro, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 67.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

SEGADO, Francisco Fernández. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*. **Revista de Direito Público**, n. 2, out-nov-dez, 2003.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário (analisada e comentada)**. São Paulo: Método, 2005.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Questão de repercussão geral (§3º do art. 102 da Constituição Federal) e a admissibilidade do recurso extraordinário. **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 30, setembro, 2005.

Consulta ao Diário do Senado Federal do dia 15 de fevereiro de 2006, disponível em: www.senado.gov.br.

Consulta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, disponível em: www.stf.gov.br.

Uma Pedra ao Espelho D'água: o BacenJud no Contexto da Reforma Processual e sua Contribuição para a Efetividade da Prestação Jurisdicional

Fabiano Jantalia*

1. Introdução. 2. A crise de efetividade da execução e seus perversos reflexos: 2.1 Considerações sobre a efetividade e sua aplicação ao processo; 2.2 Os problemas da efetividade da execução e seus reflexos socioeconômicos. 3. As recentes alterações do Processo Civil na busca do aprimoramento da via executiva: 3.1 Antecedentes; 3.2 A Lei nº 11.382/2006 e o aprimoramento dos meios executórios.
4. O BacenJud: da aguerrida resistência à expressa previsão legal: 4.1 Origem e evolução; 4.2 Obstáculos ao BacenJud e sua superação em face da Lei nº 11.382/2006. 5. Os benefícios do BacenJud: 5.1 No âmbito processual; 5.2 No âmbito da Administração da Justiça; 5.3 No âmbito econômico. 6. Conclusão.

1. Introdução

O problema da morosidade e ineficiência da prestação jurisdicional no Brasil há muito desperta acirrados debates e manifestações de operadores do Direito. A necessidade de se promoverem mudanças para a prontidão e efetividade da prestação jurisdicional é tema recorrente em salas de aulas, congressos, simpósios, sendo objeto de antiga preocupação não apenas dos doutrinadores, com destaque para os pensadores do Instituto Brasileiro de Direito Processual, mas

* Procurador do Banco Central do Brasil em Brasília (DF). Especialista em Direito do Estado pela UERJ.

também de entidades representativas, como a Associação dos Magistrados Brasileiros e a Associação dos Juizes Federais do Brasil.

No entanto, as boas propostas e iniciativas sugeridas ou formuladas não encontravam a esperada ressonância no Congresso Nacional, que, por muito tempo, não deu a atenção merecida ao tema¹. Assim, as discussões, idéias e propostas acabavam relegadas à condição de modernismos doutrinários. Enquanto isso, devido a uma série de fatores, as prateleiras do Poder Judiciário ganhavam cada vez mais processos, chegando facilmente ao abarrotamento, mesmo com todo o esforço dos magistrados em dar conta da demanda. O resultado não tardou a ser sentido pela sociedade: a prestação jurisdicional foi se tornando cada vez mais lenta e ineficiente, apesar do inchaço crescente da máquina judiciária.

Diante da inércia do Poder Legislativo, o Executivo decidiu tomar as rédeas do assunto, colocando a reforma do Judiciário como uma de suas prioridades. Com a criação, em 2003, de uma secretaria específica para cuidar desse assunto, vinculada ao Ministério da Justiça, o governo levou o tema ao centro da agenda política do País. Em dezembro de 2004, foi celebrado o “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”, firmado pelo Presidente da República e pelos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. O texto enumera onze compromissos adotados pelos três poderes com o objetivo de tornar o Poder Judiciário mais eficiente e acessível à população.

Em diagnóstico apresentado pelo Ministério da Justiça no mesmo ano, foi externada a concepção do governo de que as ações de mudança deveriam dar-se em três eixos fundamentais: a modernização da gestão do Judiciário, a alteração da legislação infraconstitucional (Códigos de Processo Civil e Penal) e a reforma constitucional do Poder Judiciário.² A partir daí, a atividade legislativa tomou um novo fôlego. Foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45/2004, cuja tramitação se arrastava há treze anos, e foram apresentados, em 2005 e 2006, diversos projetos de lei ao Congresso, boa parte deles voltada para o processo civil.

A mudança das leis processuais é, sem dúvida alguma, o ponto de partida, senão o ponto nodal, de todo o imbróglio em que nos encontramos, pois o

1/ Embora, nos últimos anos, algumas alterações nas leis processuais tenham sido introduzidas, não há como negar que o tema não era tratado como prioritário.

2/ BRASIL. Ministério da Justiça. **Diagnóstico do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/reforma/index.htm>>. Acesso em 14 dez. 2006.

processo é o verdadeiro instrumento de trabalho do juiz. Mesmo reconhecendo a importância de reformas institucionais e da modernização da gestão do Judiciário, tal como habitualmente preconizam os críticos, é forçoso reconhecer que não se conseguirá resultado satisfatório se o processo, a ferramenta de que dispõe o magistrado para a aplicação do Direito, continuar burocrático. Será, como no dito popular, nada mais do que “enxugar gelo”.

No conjunto das novas proposições levadas ao Congresso nos últimos três anos, pelo menos dois projetos tocaram com precisão cirúrgica em um ponto nevrálgico da lei processual civil: a execução. Burocrática e condescendente, a execução transformou-se em escudo a serviço dos maus pagadores, verdadeiro paraíso dos devedores chicaneiros.³

O interminável prolongamento do processo e o comprometimento da efetividade da prestação jurisdicional, como adiante se verá, geram efeitos daninhos que se projetam além da relação jurídico-processual e se propagam pela vida social como as pequenas ondas formadas com o impacto de uma pedra lançada na água.

Buscando a cura desse mal, foram editadas a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, e a Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que introduziram profundas mudanças no processo de execução. A última delas desperta um interesse especial, por ter trazido ao *codex* processual disposições bastante ousadas, como a que permite expressamente a penhora, por meio eletrônico, de ativos financeiros. Na prática, a lei veio a legitimar o uso do chamado Sistema BacenJud, desenvolvido pelo Banco Central do Brasil em 2001, com o objetivo de automatizar o envio e o tratamento das solicitações e ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional.

É nesse contexto que se insere o presente estudo, em que será analisada a importância das inovações processuais no processo de execução carregadas ao ordenamento pelos diplomas acima citados, com foco na Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

De modo mais específico, pretende-se analisar como a expressa previsão legal do BacenJud proporciona maior efetividade ao cumprimento da sentença e, conseqüentemente, à prestação jurisdicional como um todo, e que benefícios se podem colher a partir das inovações levadas a efeito.

3/ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. v. 4. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58.

2. A crise de efetividade da execução e seus perversos reflexos

2.1 Considerações sobre a efetividade e sua aplicação ao processo

Tradicionalmente, a doutrina analisa os atos jurídicos e, em particular, os atos normativos, nos planos da existência (ou vigência), da validade e da eficácia⁴. No que tange a esse último plano de análise, contudo, não interessa mais ao Direito apenas que a norma seja dotada da chamada eficácia jurídica, isto é, a sua aptidão formal para a produção de efeitos. Importa também que esses efeitos sejam realmente sentidos pela sociedade, isto é, que a norma seja dotada da chamada eficácia social ou efetividade.

Na lição de Kelsen, a efetividade corresponde à “circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar no mundo dos fatos”⁵. Para Luis Roberto Barroso, a efetividade se traduz no desempenho concreto da função social do Direito, ou seja, “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais”, simbolizando “a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. Como se vê, o Direito, modernamente, não se limita à análise meramente teórica da propensão de uma norma jurídica à produção de efeitos, indo perquirir, no mundo dos fatos, se tal norma efetivamente os produz.

No âmbito do direito processual, a questão da efetividade ganha contornos especialíssimos. Por trás da preocupação com a efetividade das normas processuais está o interesse maior na afirmação da função jurídica do Estado, em suas duas ordens de atividade: a legislação e a jurisdição.⁶ Afinal, “o Direito existe para realizar-se”⁷ e o processo tem sabidamente um caráter instrumental, sendo um meio de efetivação do preceito legal de direito material que não foi voluntariamente observado. Como bem observa Antônio Carlos de Araújo Cintra:

O direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no

4/ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 290.

5/ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

6/ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 38.

7/ BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 84.

quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico.⁸

A instrumentalidade do processo é exaltada pela doutrina. Barbosa Moreira, por exemplo, adverte que, “se a ordem jurídica reconhece como valiosa determinada posição subjetiva, deve ministrar a quem nela se encontre meios de proteção adequados e eficazes, que garantam na prática ao titular as vantagens a ele inerentes em teoria”⁹. De seu turno, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o direito à prestação jurisdicional efetiva é a contrapartida da proibição de autotutela, sendo “fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que estes últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização”¹⁰.

Quando se discute a efetividade do processo, não é tão relevante avaliar a implementação das normas processuais em si, mas, sim, a medida real em que os mecanismos processuais se prestam a viabilizar a concretização, ainda que forçada, dos direitos materiais na realidade concreta.

Nesse sentido, a doutrina processual moderna, ao tratar com freqüência de temas como acesso à justiça, instrumentalidade do processo e efetividade da tutela jurisdicional, demonstra claramente a transcendência do paradigma da autonomia científica do direito processual, como obstáculo erigido a uma análise que contextualize o processo na vida social. Atenta à realidade, a doutrina vem demonstrando que mais importante que a efetividade **do** processo é a efetividade **pelo** processo.¹¹

2.2 O problema da efetividade da execução e seus reflexos socioeconômicos

Uma vez declarado ou reconhecido o direito de determinada parte, é chegada a hora de promover a conversão daquele provimento jurisdicional em um bene-

8/ CINTRA, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 40.

9/ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 4.

10/ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

11/ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 275.

fício para o vencedor. Lamentavelmente, porém, raríssimos são os casos em que a sentença ou o acórdão é cumprido espontaneamente pela parte sucumbente.

Não se desconhece que, dadas as condições econômicas brasileiras, parte dos devedores é realmente levada ao infortúnio financeiro. Entretanto, a prática forense mostra que o processo, em boa parte dos casos, acaba se tornando uma batalha de honra para os contendores. Assim, quanto pior para meu oponente, melhor. Mais do que nunca é atualíssima a crítica de Carnelutti, que há mais de quarenta anos já afirmara que “o defeito está, muito mais do que nas leis, nos homens e nas coisas”.¹²

Tal circunstância, no entanto, leva a um novo acionamento da máquina judiciária, dessa vez para forçar o devedor ao cumprimento do julgado, ou mesmo para promovê-lo contra a sua vontade (certamente com muito mais dificuldade), de modo a cumprir o comando judicial. Invoca, aí, o credor a tutela jurisdicional executiva, que, para Dinamarco:

Consiste sempre em um resultado prático consistente na atuação do Estado-juiz sobre o mundo exterior ao processo mediante alterações capazes de afeiçoar uma situação concreta às exigências da ordem jurídica: uma coisa a ser entregue será efetivamente entregue; uma importância a ser paga vai efetivamente ao patrimônio do credor; resultados de um fazer negligenciado são produzidos etc.¹³

Partindo da premissa de que a função maior da execução é implementar, no mundo dos fatos, o direito reconhecido à parte vencedora, um mínimo de pragmatismo leva à conclusão de que a falta de efetividade ou o fracasso da execução é, na verdade, o fracasso do processo inteiro.

Isso porque se, como já se viu, o processo é um meio de efetivação ou concretização do direito material, então a tutela jurisdicional executiva é a peça-chave dessa engrenagem, porque é ela que traduzirá, para o mundo fenomênico o que o credor teve reconhecido pelo julgado. De pouco ou nada vale a sentença judicial que reconhece determinado direito se este não puder ser usufruído pelo titular no mundo dos fatos. Não é diferente a lição de Couture, trazida à baila por Humberto Theodoro Júnior, que, com lapidar sabedoria, afirma que, “na ordem

12/ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 120.

13/ DINAMARCO, *Op. cit.*, p. 37.

jurídica, execução sem conhecimento é arbitrariedade; conhecimento sem execução significa tornar ilusórios os fins da função jurisdicional”¹⁴

Engana-se, porém, quem pensa que a frustração da execução é um problema apenas do direito processual, ou de interesse restrito das partes. Somente uma visão muito restrita e isolacionista do Direito levaria a tão absurda conclusão.¹⁵

Numa perspectiva um pouco mais ampla, uma execução frustrada, como núcleo da prestação jurisdicional, equivale a um sistema judiciário falho, incapaz de entregar ao vencedor o que realmente lhe é devido. O fio da espada da Justiça perde seu poder de corte, abrindo espaço para a negligência impune dos institutos do direito material, e o processo deixa de funcionar como instrumento de pacificação social.

Além disso, o excesso de litigiosidade faz com que o Judiciário seja cada vez mais indevidamente ou desnecessariamente acionado, o que gera um aumento de demanda orçamentária, passível de mensuração. Segundo análise recente da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça em 2004, elaborada com base em estudos feitos pelo Banco Mundial, Banco Central e Supremo Tribunal Federal, o Brasil gasta 3,66% de seu orçamento com a manutenção do sistema judicial, custo muito alto em comparação com outros 35 países analisados e bem superior à média apurada, que é de 0,97%. As despesas com o sistema judiciário representam 9,84% do total de nossas despesas públicas, perdendo apenas para a Itália, mas superando em muito a média de 2,04%.¹⁶

Não bastassem tais efeitos, a economia ainda sofre com a demora e a baixa efetividade da execução, porque os entraves do processo tornam incerto o recebimento de dívidas ou o cumprimento dos contratos. O efeito imediato é o aumento do custo de recuperação de créditos. De forma mediata, o impacto atinge proporções ainda mais amplas, já que a sabida ineficiência da cobrança judicial gera um efeito encorajador à inadimplência, o que, por sua vez, repercute negativamente sobre a oferta de crédito e contribui para a apreciação do chamado **risco legal**. Diante disso, as instituições financeiras vêm-se na contingência de

14/ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: DePalma, 1974 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5.

15/ Carlos Maximiliano alertava para o perigo desse ângulo de visão, pontificando que “não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica” (MAXIMILLANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 129).

16/ BRASIL. Ministério da Justiça. **Judiciário e economia**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/judiciario_economia.pdf>. Acesso em 22 dez. 2006.

aumentar o prêmio pelo risco dos empréstimos, o que induz ao aumento do *spread* bancário.¹⁷

Como se vê, a ineficiência da execução compromete inexoravelmente a qualidade da prestação jurisdicional, causando efeitos de grandes proporções que se projetam para muito além da esfera jurídica. Cumpre verificar, então, como a questão vem sendo enfrentada pelo legislador.

3. As recentes alterações do Processo Civil na busca do aprimoramento da via executiva

3.1 Antecedentes

Uma leitura atenta do histórico das proposições já aprovadas certamente levará o leitor à conclusão de que as alterações do Código de Processo Civil até então promovidas buscaram, num primeiro estágio, dinamizar a fase de conhecimento e reduzir um pouco a hipertrofia recursal de nosso sistema.

Em retrospectiva não muito longínqua, vê-se que as Leis nºs 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002, precursoras do ciclo atual das grandes reformas processuais, em seus pontos mais relevantes, limitaram as hipóteses de reexame necessário, viabilizaram a conversão do agravo de instrumento em agravo retido pelo relator, restringiram o cabimento dos embargos infringentes, aprimoraram a disciplina da audiência preliminar e instituíram a multa ao responsável pelo descumprimento ou retardamento do cumprimento de decisões judiciais.

A aprovação da Lei nº 11.232/2005 representou, nesse aspecto, um divisor de águas das reformas. Declaradamente, o anteprojeto que lhe deu origem, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, propôs-se a enfrentar o que chamou de “calcanhar de Aquiles do processo”¹⁸. Dentre as alterações introduzidas pela norma em questão, algumas se destacam.

17/ Relatório publicado em 2005 pelo Banco Central do Brasil demonstra que grande parte desse diferencial entre as taxas de captação e de aplicação é explicada pela inadimplência (34% em 2004). (BRASIL. Banco Central do Brasil. **Relatório de Economia Bancária e Crédito 2005**. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pec/spread/port/rel_econ_ban_cred.pdf. Acesso em 27 dez. 2006).

18/ Conforme consta da exposição de motivos da lei.

A primeira inovação, decorrente do disposto no art. 475-J do CPC, foi o fim da vetusta separação entre “processo de conhecimento” e “processo de execução”. Agora, o “cumprimento da sentença” é apenas mais uma fase dentro do mesmo processo. Com isso, o devedor condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação não é mais **citado** para pagar ou nomear bens à penhora, mas, sim, **intimado** para cumprir a obrigação, devendo fazê-lo em quinze dias, sob pena de incidência de multa de 10% sobre o valor devido.

Outra novidade interessante é que, no novo sistema, não há mais a figura dos embargos à execução, salvo no caso de execução contra a Fazenda Pública. Caso o executado queira se opor à execução, deverá fazê-lo por meio de impugnação, apresentada no prazo de quinze dias. À diferença de seu antepassado, a impugnação não tem natureza de ação autônoma, nem suspende a execução, salvo se presentes alguns requisitos específicos, previstos no art. 475-M.

As mudanças foram festejadas pela doutrina e bem recebidas pelos mais diversos setores da sociedade. Embora somente a prática forense vá dar a devida conformação à realidade processual, o fato é que o projeto teve o mérito da ousadia e da precisão, acabando com alguns incômodos entraves da fase executiva.

3.2 A Lei nº 11.382/2006 e o aprimoramento dos meios executórios

Aprovado o primeiro relevante Projeto de Lei versando sobre a execução, as atenções voltaram-se para a tramitação de um segundo PL, que se destinava primordialmente a regular a chamada execução por título extrajudicial. Após uma tramitação razoavelmente rápida, veio a lume a Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Referido diploma incorporou ao Código de Processo Civil uma série de disposições, algumas das quais relativas a medidas que já vinham sendo aplicadas pela jurisprudência de vanguarda, como a fixação de honorários no despacho da petição inicial (agora chamada de requerimento), a inoponibilidade da condição de impenhorabilidade à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem (art. 649, §1º) ou mesmo a possibilidade de penhora de percentual do faturamento da empresa devedora (art. 655, IV).

Imbuída de um espírito prático e realista poucas vezes visto na atividade legislativa, a Lei nº 11.382/2006 contém inúmeros dispositivos pioneiros que revelam o propósito de fazer chegar às mãos do exeqüente, de um jeito ou de outro, no menor prazo possível, aquilo que a sentença ou o acórdão lhe garantiu. De modo geral, é possível agrupar as modificações mais relevantes em três grandes grupos.

O primeiro grupo visa desburocratizar os atos de comunicação processual, buscando imprimir maior celeridade à fase de cumprimento da sentença. Tem como expoente a nova redação dada ao art. 652, §5º, e ao art. 238, parágrafo único, que erigem a presunção de validade das comunicações e intimações dirigidas aos endereços do advogado e da parte informados na inicial, contestação ou embargos e, caso o executado não seja localizado em tal endereço, autorizam o juiz até mesmo a dispensar nova intimação.

Um segundo bloco de disposições buscou resolver a questão da executoriedade do julgado, alterando, por exemplo, a ordem preferencial de penhora de bens (art. 655) e possibilitando a obtenção de certidão, no ato da distribuição do feito judicial, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos à penhora ou ao arresto (art. 615-A). Outro dispositivo interessante é o que flexibiliza as disposições sobre a arrematação para permitir o pagamento do preço de bem imóvel em prestações (art. 690, *caput* e §1º).

Em derradeiro grupo estão os inovadores regramentos dos meios executórios, como a novel redação do art. 647 e seus incisos, a partir da qual a alienação em hasta pública deixa de ser o meio preferencial, passando a ser precedida da adjudicação do objeto pelo próprio credor (art. 685-A) e da alienação por iniciativa particular (685-C), que pode ser feita até por corretor credenciado pelo Tribunal. É exatamente nesse contexto de sofisticação dos meios executórios que o legislador mais ousou, incorporando ao texto do diploma processual a possibilidade de uso de meios eletrônicos para a persecução patrimonial do devedor.

Fala-se aqui da nova redação dada ao art. 655, inciso I, que passou a prever a possibilidade de penhora de dinheiro, “em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”, e da introdução do art. 655-A e seus parágrafos, estabelecendo:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executa-

do, 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.

À luz das disposições em testilha, não resta dúvida de que o juiz, que outrora se valia de precedentes jurisprudenciais para justificar tal medida, passou a dispor de supedâneo legal para diligenciar, por meio do Banco Central do Brasil, o bloqueio parcial ou total dos ativos de titularidade do devedor.

Na prática, o Código de Processo Civil passou a contemplar expressamente a possibilidade de uso do sistema criado pela Autarquia Federal para automatização do atendimento de demandas judiciais dessa natureza, chamado de “BacenJud”, que tem por principal benefício abreviar o intercâmbio de informações entre o juiz e as instituições financeiras.

Dada a celeridade de processamento das demandas, o processo judicial, como adiante se verá, ganha em celeridade e segurança, sem descurar dos preceitos constitucionais e legais aplicáveis à espécie. Impõe-se, então, levar o leitor a uma breve incursão sobre essa tão comentada ferramenta, mostrando, em seguida, como ela tende a proporcionar inúmeros benefícios processuais e extraprocessuais.

4. O BacenJud: da aguerrida resistência à expressa previsão legal

4.1 Origem e evolução

Desde os anos 80, o Banco Central do Brasil vem auxiliando o Poder Judiciário na intermediação da comunicação entre os juízes e as instituições financeiras, como forma de minimizar o tempo e os esforços necessários ao atendimento de demandas judiciais.

Diante da facilidade de sua comunicação com os integrantes do Sistema Financeiro Nacional e do processo de modernização dos procedimentos de supervisão bancária, a Autarquia Federal passou a servir de principal elo entre os juí-

zes e aquelas instituições, recebendo as solicitações judiciais e encaminhando-as aos bancos para atendimento.

Em 1992, o Banco Central criou uma equipe específica para atender às solicitações judiciais, como forma de dar mais agilidade a seu atendimento. Alguns anos depois, em 1998, a Autarquia desenvolveu sua primeira ferramenta, chamada de Sistema DIVIN, desenvolvido com o objetivo de conferir mais agilidade à transmissão dos ofícios em papel recebidos do Poder Judiciário, destinados às instituições financeiras.

Com o crescimento do número de solicitações e, em conseqüência, o aumento da demanda de recursos materiais e humanos para tal mister, o Banco Central desenvolveu, em 2001, a versão inaugural de um sistema automatizado, operado via Internet, destinado a receber e encaminhar as solicitações advindas dos magistrados, desde informações sobre a existência de contas até a efetiva indisponibilização de ativos financeiros, a qual recebeu o sugestivo nome de BacenJud.

A ferramenta funcionava de forma muito simples: o juiz de Direito, de posse de uma senha individual previamente cadastrada, tinha acesso ao *site* do sistema e, por meio do preenchimento de um formulário eletrônico, solicitava as informações ou providências necessárias ao processo. O BacenJud, então, repassava automaticamente as ordens judiciais para os bancos, diminuindo o tempo de tramitação. Ou seja, o sistema permitiu que a mesma solicitação que era encaminhada em papel fosse, a partir de então, encaminhada via Internet, embora a resposta das instituições continuasse a ser feita em papel.

Por isso, a implantação do sistema trouxe maior agilidade, segurança e economia ao procedimento de comunicação dos magistrados com o Sistema Financeiro Nacional, uma vez que, com a utilização da rede mundial de computadores e de sofisticada tecnologia de criptografia de dados, as solicitações chegavam ao Banco Central de forma quase instantânea, com a máxima segurança, a custos sensivelmente menores.

O recurso foi disponibilizado a todos os órgãos do Judiciário a partir de maio de 2001, sendo objeto de pioneiro convênio da Autarquia Federal com o Superior Tribunal de Justiça e com o Conselho da Justiça Federal naquele mesmo mês, o que permitiu que não apenas a Corte Superior, mas também os Tribunais Regionais Federais (e, posteriormente, as Varas Federais a eles subordinadas) fizessem uso do sistema. Em 2002, foi a vez de o Tribunal Superior do Trabalho

aderir ao BacenJud, o que fez com que sua utilização ganhasse ainda mais popularidade, rapidamente sentida com o incremento das solicitações recebidas pelo Banco Central.

Em vista da necessidade de implementar novas funcionalidades no sistema, sobretudo conducentes à superação de algumas restrições materiais e mesmo jurídicas surgidas a partir dos procedimentos da versão inicial, a Autarquia Federal lançou, em 2005, uma segunda versão da ferramenta, chamada de BacenJud 2.0, desenvolvida em colaboração com representantes de Tribunais Superiores e de entidades representativas das instituições financeiras, como a Febraban e a Asbace.

A principal diferença é que o Banco Central deixou de ser parte atuante no processo, passando à condição de operador do sistema. Assim, o próprio juiz preenche um documento eletrônico na Internet, contendo todas as informações necessárias ao atendimento de sua solicitação, recebendo ele mesmo, de forma automatizada, o retorno da instituição financeira, dispensando assim, por completo, o uso de papel.

Outras inovações importantes foram: a padronização do processamento das ordens judiciais pelas instituições financeiras, com a redução do prazo de atendimento, sobretudo para os pedidos de desbloqueio; a possibilidade de efetivação de bloqueios apenas parciais (isto é, limitado ao valor informado pelo magistrado) e de transferência dos valores bloqueados para contas judiciais; e a criação de módulo de controle de respostas das instituições financeiras pelo Juízo solicitante. A partir dessa nova versão, o juiz passou a ter um completo instrumental a seu dispor, rápido, ágil e eficiente, evitando a interferência manual (e subjetiva) dos agentes envolvidos, o que confere uma pronta e irremediável efetividade às suas ordens judiciais.

O sistema passou a ser de uso exclusivo do Poder Judiciário, sendo necessário, para sua utilização, que os Tribunais Superiores firmassem novos convênios com o Banco Central (o que já foi feito com o STJ, TST e STM). Os Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais de Justiça dos Estados também já podem ter acesso ao sistema, bastando para tanto que assinem um termo de adesão com seu respectivo Tribunal Superior.

Como se nota das considerações alhures expostas, o uso do BacenJud, sobretudo em sua última versão, permitiu a subtração de uma série de procedimentos, permitindo que a ordem judicial tenha cumprimento quase imediato. Antes, o

juiz despachava no feito, determinava a expedição de ofício, que era redigido pelos serventuários, assinado pelo juiz e expedido via correio. Atualmente, essa mesma ordem pode ser eletronicamente expedida pelo próprio magistrado, cumprida até o dia seguinte e, o que é mais importante, sem dar chance ao executado de escamotear seu patrimônio. Máxima efetividade, com o mínimo custo.

A reconhecida efetividade do BacenJud tem levado à difusão ainda maior de sua utilização. Dados do Departamento de Supervisão Indireta e Gestão da Informação do Banco Central (Desig), atualizados até dezembro de 2006, mostram que, do total de cerca de 1,4 milhão de solicitações recebidas pela Autarquia nesse ano, quase 1,3 milhão foram feitas pelo festejado sistema. Ainda segundo o levantamento, a Justiça do Trabalho é que mais faz uso do sistema, com cerca de 76% das solicitações, seguida pela Justiça Estadual (22%) e pela Justiça Federal (2%).¹⁹

Os números contundentes atestam que a ferramenta, eficiente, rápida e segura, veio de fato para ficar.

4.2 Obstáculos ao BacenJud e sua superação em face da Lei nº 11.382/2006

Desde sua efetiva implantação, ocorrida em junho de 2002, a ferramenta vinha enfrentando a resistência da parcela mais conservadora da jurisprudência, devido à sua mais proeminente funcionalidade: a chamada penhora *on line* de ativos financeiros.

Argumentos de todas as espécies podem ser encontrados, em sua maioria decorrentes da inexistência de expressa previsão no Código de Processo Civil que autorizasse a penhora *on line*. O objeto de discussão era composto fundamentalmente pelo questionamento da legalidade e até mesmo da constitucionalidade dos atos normativos que deram corpo à utilização do BacenJud.

No plano constitucional, a controvérsia serviu de base ao ajuizamento, perante o STF, da ADIn nº 3.091, distribuída ao Ministro Joaquim Barbosa. Na ação, movida pelo Partido da Frente Liberal, sustenta-se a inconstitucionalidade do convênio celebrado entre o Banco Central do Brasil e o Tribunal Superior

19/ Dados extraídos da apresentação “BacenJud 2.0”, preparada pelo Desig em dezembro de 2006.

do Trabalho, bem como dos atos normativos editados por aquela corte para regulamentar e viabilizar o uso do BacenJud. Os principais argumentos são que tais atos importariam em violação ao sigilo bancário e ao princípio do devido processo legal e, por seu conteúdo normativo, afrontariam a competência privativa da União para legislar sobre questões de direito processual. Embora não haja, até a data em que o presente texto foi escrito, decisão sobre o pedido de liminar, o Procurador-Geral da República já apresentou seu parecer pugnando pela improcedência da ADIn, para que seja declarada a constitucionalidade dos atos questionados.

No plano infraconstitucional, o principal fundamento era o de que o uso do BacenJud configuraria violação ao princípio da menor onerosidade para o devedor na execução, previsto no art. 620 do CPC. Para os críticos do sistema, seu manejo acarretaria um bloqueio indiscriminado das contas bancárias, o que traria um ônus desnecessariamente excessivo ao executado, tendo em vista que o bloqueio poderia atingir contas destinadas ao sustento do devedor.

Certamente, para cada um desses obstáculos apresentados, a doutrina e a jurisprudência já ofereciam resposta. Contra a alegação de inconstitucionalidade, já se alegava que a penhora não importa em violação ao sigilo bancário porque recai sobre valor predeterminado, não havendo, em nenhum momento, divulgação de saldo, lançamentos ou depósitos referentes ao titular da conta e, também, qualquer mácula à intimidade ou privacidade do titular da conta. Além disso, sustentava-se não haver qualquer inovação em matéria de lei processual, pelo fato de o procedimento utilizado na penhora *on line* constituir nada mais do que uma forma eletrônica de realizar a penhora tradicional, feita pelo oficial de justiça, já prevista na lei processual.

Por outro lado, quanto à pretensa violação à regra da menor onerosidade, já se alegava que tal princípio não se sobrepõe a outros aplicáveis à execução, como o de sua maior utilidade para o credor, insculpido no art. 612. A própria jurisprudência do STJ já era dominante no sentido da admissão da penhora em conta corrente, superando a controvérsia.²⁰

Embora as teses favoráveis ao manejo do BacenJud estivessem tendo crescente aceitação na doutrina e jurisprudência, a inexistência de expressa disposição

20/ Confira-se, a título de exemplo: REsp 390.116/SP, REsp 703.033 / MA e AgRg no Ag 633.357/RS.

legal sobre a matéria constituía um fator de incerteza no resultado dos julgamentos, eis que a utilização do sistema dependia em muito da subjetividade e do posicionamento pessoal do magistrado.

Com o advento de Lei nº 11.382/2006, as discussões doutrinárias perderam seu objeto. A nova redação do CPC não deixa margem a dúvidas, porque o legislador, além de prever a possibilidade de penhora sobre dinheiro em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira, ainda deixou claro o meio, no art. 655-A: requisição do juiz à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico. *In claris cessat interpretatio*: a autoridade supervisora é o Banco Central e o meio eletrônico a que se refere a lei é o BacenJud.

A astúcia dos elaboradores do anteprojeto ao disciplinar o uso do sistema pôs a pique duas outras possíveis fontes de controvérsia, nos parágrafos 1º e 2º do mesmo art. 655-A. Com efeito, no primeiro deles, a lei deixa claro que o sistema não pode ser usado para outra finalidade que não a penhora *on line*, o que afasta qualquer alegação de violação ao sigilo bancário. No segundo, ao impor ao executado o ônus de provar que as contas estão protegidas pelo manto da impenhorabilidade, a lei garante o direito de defesa do executado e torna seu objeto qualquer alegação de onerosidade excessiva da execução, além de manter simetria com o art. 333, inciso II, quanto ao ônus probatório.

Ante tais considerações, é de se concluir que, ao contemplar expressamente a possibilidade do manejo do BacenJud, a Lei nº 11.382/2006 veio premiar os esforços do Banco Central do Brasil, da doutrina e da jurisprudência progressista, que, atentos à nova dinâmica da vida social e econômica, vinham, há tempos, buscando a implementação mais vigorosa de tão importante ferramenta.

5. Os benefícios do BacenJud

Diante de sua expressa previsão legislativa, há de se esperar, com grande naturalidade, uma maior difusão no uso do BacenJud. À vista dos recursos de que dispõe, sobretudo sua agilidade e praticidade, grandes resultados podem ser colhidos.

Embora a exposição que se segue não tenha a pretensão de ser exaustiva, o que se nota é que, lançada a pedra sobre o espelho d'água, uma série de pequenas ondas (ou efeitos) de sucessivos e mais abrangentes efeitos pode ser sentida. Os benefícios da maior difusão da ferramenta espraiam-se desde a relação jurídico-processual individual até a economia.

5.1 No âmbito processual

É bastante conhecida a célebre assertiva de Chiovenda de que “o processo deve dar, quando possível na prática, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”²¹. Entretanto, por se destinarem precipuamente a projetar efeitos sobre o mundo fático, os atos executivos sofrem as contingências materiais opostas pela realidade econômica²².

Há casos em que, por causa das involuntárias circunstâncias da vida, o devedor, ainda que de boa fé, é levado ao desastre patrimonial²³, o que induz à natural frustração do cumprimento da sentença, pela mais absoluta ausência de patrimônio. Para essa situação, por certo, nem o BacenJud nem qualquer outra ferramenta poderá oferecer solução. No entanto, a preocupação maior dos estudiosos, dentro e fora do Direito, sempre foi centrada na ineficiência do processo (ou, mais precisamente, da execução) devida às ações de resistência ou dissimulação patrimonial por parte do devedor.

Segundo relatório apresentado pela Secretaria de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, o processo de execução é um dos “gargalos” mais significativos do sistema processual, contribuindo em grande medida para a morosidade da Justiça. Mas, conforme adverte o relatório, “nos processos de execução, o problema não é apenas a morosidade, mas a não conclusão”²⁴.

A ineficiência dos meios executórios até então disponíveis gera resultados alarmantes: segundo dados colhidos pelo Banco Mundial em pesquisa realizada nos órgãos judiciais paulistas, reproduzidos pelo mencionado estudo do Minis-

21/ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 67.

22/ ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15.

23/ DINAMARCO, Cândido. *Op.cit.*, p. 58.

24/ BRASIL. Ministério da Justiça. *Op. cit.*

tério, cerca de 70% dos processos de execução não chegam ao fim, uma parte devido a acordos extrajudiciais ou ao pagamento, mas a maior parcela porque o credor não encontrou bens e desistiu. Ainda segundo o Banco Mundial, aproximadamente 48% dos processos de execução não vão além do pedido inicial, ou porque o credor não dá continuidade (acordo extrajudicial ou desistência porque sabe que o devedor não pagará) ou porque a Justiça não encontra o devedor para a citação. E, em 41% dos processos que continuam, por obra e graça dos persistentes credores, não se consegue levar a efeito qualquer tipo de penhora de bens, em geral por dificuldade em encontrá-los.

Os números apontam para a dificuldade de a ultrapassada e burocrática estrutura de meios executórios oferecidos até então pelo legislador dar conta da nova dinâmica das relações econômicas atualmente vigente. E é aí que o BacenJud pode ajudar, e muito, contribuindo para a efetividade da prestação jurisdicional.

Seguindo a sistemática de estudo proposta por Araken de Assis na classificação dos meios executórios, que os agrupa nas classes de execução direta (operada por sub-rogação, que prescinde da participação efetiva do devedor) e indireta (operada por meio da coerção, como ameaça de prisão ou imposição de *astreinte*)²⁵, é possível vislumbrar uma efetiva colaboração da ferramenta desenvolvida pelo Banco Central em ambas as frentes.

Na atuação direta como meio executório, a ferramenta proporciona uma velocidade, agilidade e segurança no cumprimento de determinações judiciais de constrição de bens que nenhum outro meio elencado pelo legislador oferece. Ao mesmo tempo em que redige ou assina a decisão judicial determinando a penhora *on line*, o próprio magistrado pode emitir, pela Internet, a ordem ao sistema financeiro, que o atende instantaneamente. Pode o juiz, então, decidir entre manter o valor bloqueado na própria conta ou aplicação ou transferir tal valor para uma conta de depósito judicial.

O BacenJud representa, nesse aspecto, uma notável evolução em termos de efetividade em relação ao procedimento de penhora de depósito bancário feito por oficial de justiça. Destaca-se aí a argumentação de Demócrito Reinaldo Filho, cuja reprodução se faz merecida:

25/ ASSIS, Araken de. *Op.cit.*, p. 32-33.

A realização de ordens de bloqueio pela via do sistema Bacen-Jud não somente elimina o uso de papel e do correio tradicional, gerando economia de tempo e racionalização dos serviços de comunicação entre o Judiciário e as entidades integrantes do sistema Financeiro Nacional. Ele confere mais eficácia às ordens judiciais de bloqueio de contas bancárias, na medida em que fica mais difícil de o devedor prever quando terá sua conta bloqueada. Pelo sistema de envio das requisições via correio, a ordem (o ofício) circula por várias repartições, desde a saída do cartório, passando por departamentos do Banco Central, até a chegada nas mãos do gerente da agência bancária. Antes de o ofício cumprir todo esse caminho, o devedor quase sempre era informado sobre a diligência, sobrando-lhe tempo para providenciar a retirada do numerário. O sistema eletrônico de cumprimento de ordens judiciais dificulta essa ação preventiva do devedor, porque nem o gerente do banco toma conhecimento de que a conta será bloqueada. Tudo é feito eletronicamente e diretamente pelo Juiz. É claro que o devedor de má-fé poderá sempre levantar o dinheiro da conta assim que toma conhecimento da execução (quando citado), mas não tem, como antes, conhecimento exato do momento em que poderá ocorrer a constrição judicial.²⁶

Decorre daí que, com o uso do sistema, dá-se a máxima efetividade ao disposto no art. 655, inciso I, que estabelece o dinheiro como o bem preferencialmente designado pelo legislador como objeto de constrição judicial executória. O dispositivo, antes letra morta (afinal, raríssimos eram os casos em que se conseguia realmente alcançá-lo), volta com força à cena, do que se podem colher muitos frutos.

O primeiro deles é que, com a maior propensão à satisfação do credor em dinheiro, o cumprimento da sentença fica muito mais rápido e o processo pode, finalmente, seguir para o arquivo. Outra consequência é que a persecução patrimonial tende a ficar bastante simplificada, dispensando uma série de atos de oficial de justiça, leiloeiro, pregoeiro e afins, bem como a expedição de ofícios a Cartórios de Registro de Imóveis e Departamentos de Trânsito. Ao final, há uma sensível redução no número de atos praticados pelo juiz e pelos serven-

26/ REINALDO FILHO, Demócrito. A penhora *on line*: a utilização do sistema BacenJud para constrição judicial de contas bancárias e sua legalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1.066, 2 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8459>>. Acesso em 28 dez. 2006.

tuários, um fluxo muito menor de petições, ofícios e mandados na serventia judicial, sem falar na redução de custos do processo, tanto para as partes como para o próprio Judiciário.

Por outro lado, o uso mais freqüente do BacenJud também teria o condão de atuar de forma indireta na execução do julgado. Embora o sistema não tenha, nem de longe, o propósito de sancionar o devedor, é razoável supor que, sabedor dos transtornos que uma execução mais célere pode vir a lhe trazer, o devedor se veja compelido a pelo menos compor com o credor. Hoje, isso ocorre com pouca freqüência, porque o devedor sabe que, mesmo na fase expropriatória, o credor demorará, e muito, para conseguir (se é que o conseguirá) arrancar-lhe das mãos o que é devido.

Embora a assertiva possa parecer um pouco utópica, em especial aos mais céticos da natureza humana, a literatura sobre análise econômica do Direito revela que, no processo judicial, as pessoas atuam como maximizadoras de seus interesses pessoais. Nesse sentido, conforme sustenta Flávio Galdino, um dos pioneiros a enfrentar o tema entre nós, “as pessoas efetuam cálculos de custo e benefício para decidirem se farão acordos, se distribuirão ações em busca dos direitos que pensam ou afirmam possuir, se recorrerão em face de decisões que lhes sejam desfavoráveis etc.”²⁷. Assim, cogitando na possibilidade de uma intrusão mais agressiva em seu patrimônio, mediante o uso do BacenJud, o devedor pode, numa análise de racionalidade econômica, optar por uma solução que lhe seja menos gravosa, como o acordo.

Diante disso, vê-se que, além dos benefícios diretos já retratados, a difusão e o bom uso do sistema criado pelo Banco Central podem vir a tornar a execução um mau negócio para o devedor, ou pelo menos incômodo o bastante para deixar de ser usada como escudo. Se se conseguir algo próximo disso, os esforços até aqui empreendidos já terão valido a pena.

27/ GALDINO, Flávio. Introdução à análise econômica do Processo Civil. *Revista Quaestio Iuris – Revista do Programa em Pós Graduação em Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n.1, dez. 2004, p. 178.

5.2 No âmbito da Administração da Justiça

O excesso de litigiosidade gera conseqüências que transcendem os interesses das partes envolvidas. Por ser a atividade jurisdicional prestada pelo Estado, ela impõe o aporte de recursos necessários a seu custeio.

Na interessante obra *The cost of rights*, os professores norte-americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes lançam as bases para uma análise um tanto mais profunda da questão. Defendendo que todos os direitos são positivos, portanto, demandam algum tipo de prestação pública positiva, os autores afirmam que os direitos, assim reconhecidos pelo ordenamento, têm dentes. Isto é, para cada direito subjetivo, há um remédio jurídico previsto para sua garantia e efetivação.²⁸

Na parte que interessa ao presente estudo, os autores demonstram que mesmo o direito de propriedade depende de um conjunto de normas de constante criação pelos agentes políticos, com destaque para os juízes e legisladores. E, como todos eles são pagos pelo governo, com os recursos auferidos da tributação, esse custo recai sobre o Estado. Especificamente quanto à questão da tutela jurisdicional, Sunstein e Holmes afirmam que os direitos custam porque seus remédios (ou dentes, na expressão metafórica) também custam, já que demandam a criação e manutenção de uma estrutura para fazer valer esses direitos. No mínimo, dizem eles, custam o necessário para manter a estrutura judiciária.²⁹

Transportando tais preceitos a nossa realidade, o fato é que todos pagam pela irresponsabilidade de alguns, desde os participantes da “indústria do dano moral” (ainda que, nesse caso, seja feita a ressalva de que a Constituição garante a todos o acesso à justiça), até aqueles que se valem da lentidão da justiça para protelar o pagamento de débitos que já se sabem devidos. Isso exige um dispêndio cada vez maior de recursos do Erário para o custeio de uma máquina judiciária artificialmente inchada e torna muito mais complexa a tarefa da Administração da Justiça.

Compulsando relatório elaborado pela Universidade de Brasília em 2005, a pedido do Conselho Nacional de Justiça, vê-se, nas estatísticas relativas à despesa por número de processo, que cada feito judicial novo na Justiça Estadual cus-

28/ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – Why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton Company, 1999, p. 17.

29/ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.*, p. 43-45.

ta, em média, R\$454,08 aos respectivos cofres públicos. Na Justiça Federal, esse custo corresponde a R\$279,38 e, na Justiça do Trabalho, atinge a incrível cifra de R\$1.184,38. Analisando o custo de cada um desses órgãos por habitante, é possível concluir que cada cidadão arca com cerca de R\$114,00 por ano para manter tal estrutura. Uma análise ainda mais atenta da estrutura de custos das esferas judiciárias traz dados ainda mais interessantes, pois mostram que esses órgãos gastam, em média, pelo menos 68% de seu orçamento com pessoal e encargos, mas não mais do que 2,58% com despesas em tecnologia da informação.³⁰

Se, por um lado, a pesquisa aponta a necessidade de melhoria na gestão da máquina judiciária, não se pode deixar que as aparências limitem o foco da análise à mera gestão. Afinal, os custos estão aí porque a máquina judiciária é acionada e é o seu mau uso que, associado aos ultrapassados instrumentos que o legislador fornece ao juiz para levar a efeito a prestação jurisdicional, acabam pressionando para cima a necessidade de despesa.

Embora não haja números para ilustrar essa observação, é intuitivo que a despesa com o Judiciário poderia ser bastante reduzida com a racionalização do trâmite processual pela via legislativa. Somente após isso é que se poderá fazer uma crítica segura ao trabalho dos magistrados. E é aí que, mais uma vez, se pode colher algum benefício com o manejo do BacenJud.

Se, no processo de conhecimento, pelo menos até a implantação do processo eletrônico virtual³¹, o juiz ainda precisa se valer de inúmeros expedientes em papel e os serventuários necessitam manusear várias vezes os autos para dar cumprimento ou publicidade a um único ato (por exemplo, um mandado de citação), o uso do BacenJud na fase executiva, com a benção da nova redação do CPC, permite uma economia em grande escala, tanto de recursos materiais quanto de recursos humanos. Além de papel, tinta, cópias etc., pode-se economizar no número de atos necessários à consecução de uma mesma providência, como a penhora *on line*, que não demanda mais do que um acesso à Internet e a digitação de algumas informações³². Isso, por sua vez, torna necessário um quadro teoricamente menor de servidores para dar conta da mesma demanda.

30/ BRASIL. Universidade de Brasília. **Relatório Consolidado de Indicadores da Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/arquivos/downloads/relatorio_indicadores.pdf>. Acesso em 13 dez. 2006.

31/ A informatização do processo judicial foi viabilizada pela Lei 11.419, de 19/12/2006.

32/ Quiçá, numa futura versão, se possa promover a interligação dos sistemas do Judiciário com o BacenJud, para que mais eficiência ainda seja possível de se atingir.

A implantação em maior escala do sistema, portanto, permite, ao menos em relação aos atos da fase de cumprimento da sentença, reduzir as despesas necessárias a essa etapa do provimento jurisdicional, o que, levado a seu máximo proveito, pode contribuir para a diminuição de demanda orçamentária do Judiciário.

Em matéria de custos, no entanto, cumpre fazer uma ressalva, por uma questão de honestidade intelectual. Nesse campo, as medidas somente alcançarão um êxito apreciável se os entes públicos adotarem uma postura contenciosa mais racional. Em nome da suposta prevalência de um interesse ou posicionamento jurídico tido como mais favorável, seja por exame jurídico isento, seja por conveniência econômico-financeira, os entes públicos ainda são obrigados, por força de lei, a esgotar todas as possibilidades de recursos, sobrecarregando as três instâncias judiciais e contribuindo para seu congestionamento³³.

5.3 No âmbito econômico

É sabido que os operadores do Direito têm grande dificuldade em transpor as premissas econômicas para a linguagem jurídica, já que, como se diz, advogados e economistas falam línguas diferentes.³⁴ No entanto, a visão de que o direito processual interessa apenas ao Direito vem sendo superada, ainda que a contragosto de alguns juristas. Cada vez mais a economia se interessa pelo que acontece no ramo do Direito, assim como este, como instrumento de modelagem à prática de atos da vida em sociedade, procura compreender melhor o que acontece na vida econômica.

Sob a influência dessa nova realidade, é possível vislumbrar mais uma das ondas formadas com o lançamento da pedra. Trata-se de alguns efeitos benéficos que o maior uso do BacenJud pode trazer para além da esfera puramente jurídica, como indutor de maior agilidade e efetividade da fase de cumprimento da sentença e, como já se expôs, do processo como um todo.

Um primeiro efeito, em parte já comentado, é que a maior agilidade e eficiência do processo como elemento de translação patrimonial tende a exercer

33/ Destaca-se, também por justiça, que alguns entes públicos, como a AGU e a Caixa Econômica Federal, vêm atuando positivamente nesse sentido nos últimos três anos, tendo ambas aprovado uma série de súmulas de dispensa de dever recursal para casos de êxito comprovadamente reduzido.

34/ GALDINO, Flávio. *Op. cit.*, p. 177.

um efeito inibidor da inadimplência. Sabendo que, se não honrar seus débitos, sobrevirá uma cobrança judicial mais eficiente, a incidir inclusive sobre seus depósitos bancários, é de se esperar que o devedor pelo menos pense um pouco mais antes de se manter na perpetuidade da inadimplência. Isso será tão mais verídico quanto maior for a agudeza do cumprimento de sentença. O BacenJud, com certeza, não é a solução de todos os males do processo, mas se afigura como engenhoso e contundente meio de persuasão do devedor, contribuindo para aumentar a agudeza das ações executivas.

Positivo é também o efeito dessa ferramenta no custo e na maior agilidade da resolução dos conflitos entre os agentes envolvidos em negócios. Para que se tenha idéia do quilate da importância desse tema, basta citar que um trabalho realizado pelo Ministério da Fazenda sobre reformas e crescimento econômico, no final de 2004, destinou um capítulo inteiro à redução de custo de resolução de conflitos. Vale destacar um trecho do documento:

Mecanismos eficientes de resolução de conflitos garantem que esse processo de complementação contratual ocorra de forma célere e sem elevados custos adicionais para ambas as partes. Se os marco legal e institucional que estruturam esses mecanismos sinalizarem um processo moroso, custoso e com incentivos para ação protelatória de qualquer uma das partes, aumenta o custo esperado das transações econômicas. Esse maior custo é pago pelas empresas e pelos consumidores e se reflete em menor produção e geração de empregos, além de induzir distorções alocativas como, por exemplo, a de gastar elevadas somas na manutenção de um departamento jurídico ao invés de se realizar inversões na atividade produtiva da empresa.³⁵

Traçando estimativas de custo para a recuperação de quatro contratos hipotéticos de crédito, com valores entre R\$500,00 e R\$50 mil, com base em informações e parâmetros fornecidos por instituições financeiras, o estudo informa que, se o cidadão levasse a cobrança de seu débito ao Judiciário, perderia no desenrolar do processo entre 17% e 43% de seu valor, no caso de execução de título extrajudicial. Em se tratando de cobrança pelo rito ordinário, o desenrolar

35/ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Reformas microeconômicas e crescimento de longo prazo**. Disponível em: <www.fazenda.gov.br/spe>. Acesso em 20 dez. 2006.

do processo engoliria pelo menos 56% do valor de face cobrado, podendo chegar até a sua totalidade, na hipótese de cobranças de até R\$500,00.³⁶

Relatando o resultado de conversas com grupos focais, os técnicos da Fazenda são categóricos ao apontar que a questão jurídica é vista pelas empresas como fator de competitividade, isto é, “quem explorar melhor as ineficiências do Judiciário, em particular a morosidade do processo, leva vantagem sobre o seu concorrente”.³⁷

Nessa medida, o uso do BacenJud pode prestar uma relevante contribuição para a agilização do processo judicial e, concomitantemente, para a redução dos custos do processo, segundo o que ficou demonstrado na pesquisa ministerial alhures citada. Com ele, o credor pode, no mínimo, valer-se da penhora *on line* para tentar dispensar uma série de diligências, como a contratação de empresas especializadas na localização de bens ou a busca frenética em Cartórios de Registro de Imóveis.

A redução do tempo e do custo de recuperação de créditos daí decorrente para uma escala de processos razoavelmente apreciável tenderá a minimizar o chamado risco de crédito, definido por Jairo Saddi como “a probabilidade de, num contrato de mútuo, o devedor não satisfazer o credor quanto ao seu crédito nas datas e condições avençadas”³⁸. Como se sabe, a taxa de risco de crédito é um dos componentes da taxa de juros final cobrada do mutuário, e um de seus fatores de influência é exatamente a eficiência do sistema jurídico para a cobrança da dívida ou execução das garantias.³⁹

O que se pode esperar a partir daí é um impacto positivo sobre a oferta de crédito, tanto em termos quantitativos, mediante uma maior propensão ao aumento do volume de recursos postos à disposição dos possíveis pretendentes, quanto em termos qualitativos, com a diminuição do *spread* e conseqüente queda da taxa de juros ao consumidor final.

Impende frisar que a efetiva fruição desses benefícios não depende exclusivamente do BacenJud. As conjecturas aqui tecidas tomam por base uma reflexão acerca de alguns dos problemas hoje apontados e a potencial eficiência do sistema

36/ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Reformas microeconômicas e crescimento de longo prazo**. Disponível em: <www.fazenda.gov.br/spe> Acesso em 20 dez. 2006.

37/ *Ibid.*

38/ SADDI, Jairo. **Crise e regulação bancária: navegando em mares revoltos**. São Paulo: Textonovo, 2001, p. 100.

39/ TURCZYN, Sidnei. **O Sistema Financeiro Nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68.

criado pela Autarquia Federal para reduzir os efeitos da morosidade e ineficiência do processo judicial. Daí por diante, a batuta fica com os economistas.

6. Conclusão

O presente estudo teve como principal motivação a edição da Lei nº 11.382/2006 e uma de suas providências nucleares, qual seja, a expressa incorporação, ao Código de Processo Civil, de disposições viabilizadoras do manejo do sistema BacenJud. Contudo, a análise de tão importante inovação não teria resultado satisfatório se ficasse restrita aos métodos tradicionais de interpretação, mormente centradas em exame comparativo entre o texto legal novo e o que o precedeu. Distintamente, buscou-se mais do que a simples leitura retrospectiva, apresentando um pouco dos antecedentes, dos problemas que a lei buscou resolver e dos efeitos que dela se pretende (ou pode) colher.

Nesse contexto, ficou demonstrado inicialmente que, mais do que a eficácia formal das normas, o Direito tem se ocupado da investigação de sua efetividade para a sociedade. O direito processual, por seu caráter instrumental, destinado que é à garantia da autoridade do ordenamento jurídico, não foge a essa regra. Por isso, a falta de efetividade do processo judicial, seja por sua morosidade, seja pela insuficiência de seus instrumentos para fazer chegar às mãos do credor o que lhe é devido, é um problema crônico, um mal jurídico de proporções socioeconômicas. Na busca da cura para esse problema, a classe política e os representantes da judicatura e da academia uniram-se, deflagrando uma série de recentes reformas constitucionais e infraconstitucionais, estas com ênfase no aprimoramento da lei processual.

À beira do lago, lançou-se então uma pedra: veio a Lei nº 11.382/2006, que, entre outras providências, alçou o BacenJud à condição de meio executório preferencial. A formação das ondas no lago e sua contínua propagação pelo espelho d'água demonstram que seus efeitos se podem sentir mesmo além do âmbito jurídico.

Nesse último, espera-se que a difusão da ferramenta resulte em maior efetividade no cumprimento da sentença, resultando em economia de tempo, esforços e recursos, tanto para as partes, quanto para o Erário, haja vista a previsível ra-

cionalização de recursos. Na economia, espera-se que os esforços empreendidos possam resultar em efeitos positivos sobre o custo de recuperação de crédito, sendo legítima a expectativa por uma tendência de redução do risco de crédito, com a apreciação da oferta de crédito, a taxas mais módicas.

Consoante se advertiu no curso desse estudo, não se há de vislumbrar no BacenJud a solução mágica para todos os problemas. O mundo – aí compreendidas as coisas e as pessoas, a verdadeira origem dos problemas para Carnelutti – não mudará porque esse sistema foi criado. Contudo, nem o mais pessimista dos homens poderá deixar de reconhecer que, dessa vez, o legislador ousou, dotando o juiz da ferramenta mais célere e provavelmente mais eficiente dos meios executórios concebidos. Com a penhora *on line* definitivamente legitimada pelo Código de Processo Civil, espera-se que a execução possa cumprir os seus desígnios, deixando de funcionar como escudo aos devedores.

Referências

- ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de sua normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 290.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. **Relatório de Economia Bancária e Crédito 2005**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/spread/port/rel_econ_ban_cred.pdf>. Acesso em 27 dez. 2006.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. **Reformas microeconômicas e crescimento de longo prazo**. Disponível em: <www.fazenda.gov.br/spe>. Acesso em 20 dez. 2006.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Diagnóstico do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/reforma/index.htm>>. Acesso em 14 dez. 2006.
- _____. **Judiciário e economia**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/judiciario_economia.pdf>. Acesso em 22 dez. 2006.

BRASIL. Universidade de Brasília. **Relatório Consolidado de Indicadores da Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/arquivos/downloads/relatorio_indicadores.pdf>. Acesso em 13 dez. 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. v. 4. São Paulo: Malheiros, 2005.

GALDINO, Flávio. Introdução à análise econômica do Processo Civil. **Revista Quaestio Iuris – Revista do Programa em Pós Graduação em Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, n.1, p. 171-203, dez. 2004.

_____. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – Why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W.W. Norton Company, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa (org.). Processo civil e direito à preservação da intimidade. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

REINALDO FILHO, Demócrito. A penhora *on line*: a utilização do sistema BacenJud para constrição judicial de contas bancárias e sua legalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1066, 2 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8459>>. Acesso em 28 dez. 2006.

SADDI, Jairo. **Crise e regulação bancária: navegando em mares revoltos**. São Paulo: Textonovo, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TURCZYN, Sidnei. **O Sistema Financeiro Nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Imunidades de Bens de Bancos Centrais: a Perspectiva Brasileira

Juliana Bortolini Bolzani*

Danilo Takasaki Carvalho**

1. Introdução. 2. Imunidades de bens de bancos centrais estrangeiros na jurisdição brasileira. 3. Imunidades dos bens do Banco Central do Brasil. 4. Conclusão.

1. Introdução

Este trabalho apresenta o relatório do Banco Central do Brasil (*Central Bank of Brazil Report*), enviado em 16 de outubro de 2006 ao *Bank for International Settlements* (BIS), como subsídio às discussões que ocorreram no Encontro de Advogados de Bancos Centrais, realizado em 18 e 19 de janeiro de 2007, Basiléia, Suíça.

O relatório do Banco Central do Brasil trata do tema do Encontro – imunidades de bens de bancos centrais –, de maneira a contemplar, em especial, os aspectos elencados em questionário distribuído pelo BIS. Imunidades de bens, nesse sentido, são garantias presentes no ordenamento jurídico contra restrições judiciais e administrativas ao direito de propriedade de que sejam titulares, no Brasil, os bancos centrais estrangeiros e o Banco Central do Brasil.

Examinaram-se, assim, à luz da legislação e da jurisprudência brasileiras, os seguintes aspectos das imunidades de bens de bancos centrais estrangeiros e do Banco Central do Brasil, indagados, detalhadamente, pelo BIS:

* Procuradora do Banco Central do Brasil, graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e pós-graduada em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

** Procurador do Banco Central do Brasil, graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

- (a) base legal e fontes;
- (b) alcance e tipos de imunidades;
- (c) processo e procedimento na jurisdição brasileira;
- (d) renúncia às imunidades.

Como será possível perceber, alguns pontos não estão explicitamente previstos em lei nem foram ainda abordados em precedentes judiciais, de modo que, nessas hipóteses, procurou-se realizar um exercício prognóstico acerca de uma eventual apreciação pelos tribunais brasileiros, a partir das fontes existentes.

É importante ressaltar a escassez de doutrina, nacional e estrangeira, a respeito de imunidade de bens de bancos centrais na jurisdição brasileira, assunto do qual se ocupa a maior parte deste estudo. Os escritos acerca de imunidades estatais limitam-se a mencionar, quando muito, os dispositivos atinentes aos bens de bancos centrais na legislação alienígena¹. Aqueles sobre as imunidades de bens do Banco Central do Brasil, a seu turno, analisam o tema sob o ponto de vista de jurisdições estrangeiras².

O estudo desenvolvido para o BIS foi dividido em duas partes: imunidades de bens de bancos centrais estrangeiros na jurisdição brasileira e imunidades dos bens do Banco Central do Brasil. Mantém-se, pois, a mesma formatação neste trabalho.

2. Imunidades de bens de bancos centrais estrangeiros na jurisdição brasileira

Por imunidade de jurisdição e de execução entende-se a prerrogativa, conferida pela ordem jurídica a determinados entes, de não se sujeitar ao poder

1/ Cf., por exemplo, a aprofundada obra de Madrugá Filho sobre imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros no Brasil e sobre a possibilidade de o Estado brasileiro renunciar a suas imunidades no exterior (MADRUGA FILHO, Antenor. **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003). Na mesma linha, merecem também consulta os estudos de Guido Fernando da Silva Soares (**Das imunidades de jurisdição e de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984), Jacob Dolinger (A imunidade estatal à jurisdição estrangeira *in* DOLINGER, Jacob [coord.]. **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987) e José Carlos de Magalhães (Da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro perante a Justiça brasileira *in* DOLINGER, Jacob [coord.]. *Op. cit.*).

2/ Sobre esse tema, de se registrar a publicação de Luiz Carlos Sturzenegger, ex-procurador-geral do Banco Central do Brasil (Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados: proteção a bens de bancos centrais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 174, out./dez. 1988).

jurisdicional do Estado. A imunidade de jurisdição refere-se ao aspecto cognitivo da prestação jurisdicional, enquanto a imunidade de execução diz respeito à constrição ao direito de propriedade em decorrência de ordem judicial.

Em virtude de o Brasil não receber, tradicionalmente, investimentos de bancos centrais estrangeiros, a legislação pátria não prevê expressamente imunidades de jurisdição e de execução para essas entidades, tal como ocorre nos Estados Unidos da América (1976 *Foreign Sovereign Immunity Act* – FSIA) e no Reino Unido (1978 *State Immunity Act* – SIA), por exemplo.

Além disso, o Brasil, até o momento, não assinou e ratificou (ou seja, não aprovou definitivamente no âmbito internacional) a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais de Estados e seus Bens, de 2004³. Ressalte-se que os tratados internacionais, para que tenham vigência no Brasil, devem ser aprovados pelo Congresso Nacional (Constituição da República, arts. 49, I⁴, e 84, VIII⁵) e promulgados pelo Presidente da República (CR, art. 84, IV⁶). A necessidade desse **procedimento de incorporação** dos acordos internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que adquiram *status* de lei ordinária, é confirmada em inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal⁷. Veja-se, por exemplo, este excerto de ementa de decisão proferida pelo tribunal:

É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. **O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais**

3/ A Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais de Estados e seus Bens foi adotada pela Resolução da Assembléia Geral das Organizações das Nações Unidas (ONU) A/59/38, de 16 de dezembro de 2004. Esteve aberta para assinaturas de 17 de janeiro de 2005 a 17 de janeiro de 2007 e entrará em vigor no trigésimo dia da data de depósito do trigésimo instrumento de ratificação. Até o presente, assinaram a Convenção 28 países: Áustria, Bélgica, China, Dinamarca, Eslováquia, Estônia, Federação Russa, Finlândia, França, Índia, Irã, Islândia, Japão, Líbano, Madagascar, Marrocos, México, Noruega, Paraguai, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Romênia, Senegal, Serra Leão, Suécia, Suíça e Timor Leste. Desses, ratificaram a Convenção: Áustria, Noruega, Portugal e Romênia (registros constantes na *UN Treaty Collection*, em <http://untreaty.un.org/>, acessado em 25 de maio de 2007).

4/ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

5/ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

6/ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

7/ STF, CR-Agr 8.279/AT, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 17/6/1998, DJ 10/8/2000.

e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes⁸. (grifo nosso)

De todo modo, não há registro de julgamento de casos de imunidades de bens de bancos centrais estrangeiros por tribunais brasileiros. No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm processado causas que envolveram Estado estrangeiro, com fulcro na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961⁹, e na Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963¹⁰, das quais o Brasil é signatário, bem como com base no direito internacional costumeiro.

A maioria dos precedentes desses tribunais corresponde a ações fundadas em **imunidades diplomáticas**, protegidas pelas Convenções de Viena. Os bens de bancos centrais, uma vez que não têm essa natureza, provavelmente seriam regidos pelo direito internacional costumeiro, já reconhecido como fonte do direito pelo STF. É o que se infere do voto do Ministro Francisco Rezek no julgamento do caso **Nogueira v. Estados Unidos da América**:

Sabe-se, com efeito, que em mais de um caso concreto sucedeu que juízes federais, ou juízes do trabalho, negassem a referida imunidade [imunida-

8/ STF, ADI-MC 1.480/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 4/9/1997, DJ 18/5/2001.

9/ Aprovada pelo Decreto Legislativo 103, de 18 de novembro de 1964, e promulgada pelo Decreto 56.435, de 8 de junho de 1965.

10/ Aprovada pelo Decreto Legislativo 6, de 16 de julho de 1967, e promulgada pelo Decreto 61.078, de 26 de julho de 1967.

de de jurisdição do Estado estrangeiro] por não encontrá-la prescrita nas Convenções de Viena de 1961 e 1963, nem em qualquer outro tópico do nosso direito escrito. As Convenções, efetivamente, versaram imunidades e outros privilégios do pessoal diplomático e do pessoal consular. Aos Estados pactuantes – entre os quais o Brasil – não pareceu necessário lançar no texto daquelas avenças a expressão escrita de uma norma costumeira sólida, incontrovertida, plurissecular e óbvia como a que poupa todo Estado soberano de uma submissão involuntária ao juízo doméstico de qualquer de seus pares¹¹.

Em matéria de imunidade de jurisdição, essas regras costumeiras hoje consubstanciam a teoria da **imunidade relativa**, segundo a qual é conferida imunidade aos Estados estrangeiros apenas quanto a seus atos de natureza ou finalidade pública, denominados *acta iure imperii*. Os *acta iure gestionis*, que representam o desenvolvimento de atividades tipicamente privadas pelo Estado, não estariam imunes à jurisdição de outra nação. A teoria foi bem explanada em trechos da seguinte ementa de decisão do STF, *verbis*:

A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, quando se tratar de litígios trabalhistas, revestir-se-á de caráter meramente relativo e, em consequência, não impedirá que os juízes e Tribunais brasileiros conheçam de tais controvérsias e sobre elas exerçam o poder jurisdicional que lhes é inerente.

(...)

O novo quadro normativo que se delineou no plano do direito internacional, e também no âmbito do direito comparado, permitiu – ante a realidade do sistema de direito positivo dele emergente – que se construísse a teoria da imunidade jurisdicional relativa dos Estados soberanos, tendo-se presente, para esse específico efeito, a natureza do ato motivador da instauração da causa em juízo, de tal modo que deixa de prevalecer, ainda que excepcionalmente, a prerrogativa institucional da imunidade de jurisdição, sempre que o Estado estrangeiro, atuando em matéria de ordem estritamente privada, intervier em domínio estranho àquele em que se praticam os atos *iure imperii*. Doutrina. Legislação comparada. Precedente do STF. A teoria da imunidade limitada ou restrita objetiva institu-

11/ STF, RE 94.084, Pleno, Rel. Min. Aldir Passarinho, julg. 12/3/1986, DJ 20/6/1986.

cionalizar solução jurídica que concilie o postulado básico da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro com a necessidade de fazer prevalecer, por decisão do Tribunal do foro, o legítimo direito do particular ao ressarcimento dos prejuízos que venha a sofrer em decorrência de comportamento imputável a agentes diplomáticos, que, agindo ilicitamente, tenham atuado *more privatorum* em nome do País que representam perante o Estado acreditado (o Brasil, no caso). Não se revela viável impor aos súditos brasileiros, ou a pessoas com domicílio no território nacional, o ônus de litigarem, em torno de questões meramente laborais, mercantis, empresariais ou civis, perante tribunais alienígenas, desde que o fato gerador da controvérsia judicial – necessariamente estranho ao específico domínio dos *acta jure imperii* – tenha decorrido da estrita atuação *more privatorum* do Estado estrangeiro.

(...)

Os Estados Unidos da América – parte ora agravante – já repudiaram a teoria clássica da imunidade absoluta naquelas questões em que o Estado estrangeiro intervém em domínio essencialmente privado. Os Estados Unidos da América – abandonando a posição dogmática que se refletia na doutrina consagrada por sua Corte Suprema em *Schooner Exchange v. McFaddon* (1812) – fizeram prevalecer, já no início da década de 1950, em típica declaração unilateral de caráter diplomático, e com fundamento nas premissas expostas na Tate Letter, a conclusão de que “tal imunidade, em certos tipos de caso, não deverá continuar sendo concedida”. O Congresso americano, em tempos mais recentes, institucionalizou essa orientação que consagra a tese da imunidade relativa de jurisdição, fazendo-a prevalecer, no que concerne a questões de índole meramente privada, no *Foreign Sovereign Immunities Act* (1976)¹².

A teoria da imunidade relativa dos Estados estrangeiros passou a ser sistematicamente aplicada pelo STF a partir do caso paradigmático **Genny de Oliveira v. Embaixada da República Democrática Alemã**. Na ocasião, determinou-se que à Alemanha não assistia o direito à imunidade de jurisdição, por se tratar de litígio de natureza trabalhista, o qual, para o tribunal, versa sobre a prática de *acta iure gestionis* pelo Estado estrangeiro empregador. Eis a ementa:

12/ STF, AIAgr 139.671, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 20/6/1995, DJ 29/3/1996.

ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE JUDICIÁRIA. CAUSA TRABALHISTA. NÃO HÁ IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PARA O ESTADO ESTRANGEIRO, EM CAUSA DE NATUREZA TRABALHISTA. EM PRINCÍPIO, ESTA DEVE SER PROCESSADA E JULGADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, SE AJUIZADA DEPOIS DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (ART. 114). NA HIPÓTESE, PORÉM, PERMANECE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, EM FACE DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO 10 DO ART. 27 DO A.D.C.T. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, C/C ART. 125, II, DA E.C. N. 1/69. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SE AFASTAR A IMUNIDADE JUDICIÁRIA RECONHECIDA PELO JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU, QUE DEVE PROSEGUIR NO JULGAMENTO DA CAUSA, COMO DE DIREITO¹³.

De modo diverso, no tocante à constrição judicial de bens, os tribunais brasileiros têm conferido **imunidade absoluta de execução** aos bens públicos estrangeiros, mesmo em se tratando de atos de gestão. Entretanto, não há registro de pleitos de constrição de bens de bancos centrais estrangeiros, aos quais, em princípio, não se aplicariam as Convenções de Viena. Nos casos concretos examinados, os bens pertenciam a consulados ou embaixadas, de maneira que incidiram tais acordos internacionais, como ocorreu na decisão a seguir transcrita:

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. PENHORA. INADMISSIBILIDADE. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO. EXPEDIÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA PARA A COBRANÇA DO CRÉDITO.

Os bens do Estado estrangeiro são impenhoráveis em conformidade com o disposto no art. 22, inc. 3, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (Decreto nº 56.435, de 8.6.1965).

Agravo provido parcialmente para determinar-se a expedição de carta rogatória com vistas à cobrança do crédito¹⁴.

Na mesma linha, as **imunidades tributárias** de bens de Estados estrangeiros têm sido apreciadas, na jurisdição brasileira, com base nas Convenções de

13/ STF, AC 9.696/SP, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 31/5/1989, DJ 12/10/1990.

14/ STJ, Ag 230.684, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 25/11/2002, DJ 10/3/2003.

Viena (art. 23 da Convenção de 1961¹⁵ e art. 32 da Convenção de 1963¹⁶), de caráter, como visto, eminentemente diplomático. É o que ocorreu, por exemplo, no caso **Município do Rio de Janeiro v. Federação Russa**, julgado pelo STJ e assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ESTADO ESTRANGEIRO – IPTU E TAXAS – IMUNIDADE FISCAL – IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO – CONVENÇÕES DE VIENA, DE 1961 E 1963 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CABIMENTO – PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

- As Convenções de Viena, de 1961 e 1963, regulam as questões referentes aos débitos tributários do Estado estrangeiro, isentando-o dos pagamentos de serviços que não apresentam a característica de especificidade, ou quando envolvem tributos declarados inconstitucionais pelo STF.

- Cabe a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios na hipótese de acolhimento da exceção de pré-executividade.

- Recurso especial conhecido, mas desprovido¹⁷.

Renúncias a imunidades estatais estrangeiras, por sua vez, só têm sido consideradas pelos tribunais superiores quando exteriorizadas de forma expressa e clara, e a essas manifestações têm-se emprestado interpretação restrita. Nesse sentido, vale registrar a seguinte decisão do STF:

APELAÇÃO CÍVEL CONTRA DECISÃO PROLATADA EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO. ESTA CORTE TEM ENTENDIDO QUE O

15/ “Art. 23.

1. O Estado acreditante e o Chefe da Missão estão isentos de todos os impostos e taxas, nacionais, regionais ou municipais, sobre os locais da Missão de que sejam proprietários ou inquilinos, excetuados os que representem o pagamento de serviços específicos que lhes sejam prestados.

2. A isenção fiscal a que se refere este artigo não se aplica aos impostos e taxas cujo pagamento, na conformidade da legislação do Estado acreditado, incumbir às pessoas que contratem com acreditante ou com Chefe da Missão”.

16/ “Art. 32.

1. Os locais consulares e a residência do chefe da repartição consular de carreira de que for proprietário o Estado que envia ou pessoa que atue em seu nome estarão isentos de quaisquer impostos e taxas, nacionais, regionais e municipais, excetuadas as taxas cobradas em pagamento de serviços específicos prestados.

2. A isenção fiscal prevista no parágrafo 1º do presente artigo não se aplica aos impostos e taxas que, de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devem ser pagos pela pessoa que contratou com o Estado que envia ou com a pessoa que atue em seu nome”.

17/ STJ, RO 46/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julg. 6/12/2005, DJ 13/2/2006.

PRÓPRIO ESTADO ESTRANGEIRO GOZA DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO, NÃO SÓ EM DECORRÊNCIA DOS COSTUMES INTERNACIONAIS, MAS TAMBÉM PELA APLICAÇÃO A ELE DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS, DE 1961, NOS TERMOS QUE DIZEM RESPEITO À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO ATRIBUÍDA A SEUS AGENTES DIPLOMÁTICOS. **PARA AFASTAR-SE A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO RELATIVA A AÇÃO OU A EXECUÇÃO (ENTENDIDA ESTA EM SENTIDO AMPLO), É NECESSÁRIO RENÚNCIA EXPRESSA POR PARTE DO ESTADO ESTRANGEIRO. NÃO OCORRÊNCIA, NO CASO, DESSA RENÚNCIA. APELAÇÃO CÍVEL QUE NÃO SE CONHECE EM VIRTUDE DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO**¹⁸. (grifo nosso)

O Poder Judiciário brasileiro tem jurisdição sobre demandas acerca de bens de investidores estrangeiros, entre eles bancos centrais, se: o réu estiver domiciliado no Brasil; a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil; a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil; a ação for relativa a imóvel situado no Brasil (Código de Processo Civil, arts. 88 e 89, I).

No que diz respeito à execução de títulos judiciais, hoje é dado cumprimento à sentença nos mesmos autos do processo de conhecimento em que proferida. No caso de condenação líquida a obrigação por quantia certa, o executado é intimado para cumprir a obrigação no prazo de 15 (quinze) dias. Se o pagamento não ocorrer, o credor deve dar início a um procedimento de **cumprimento da sentença**, mediante requerimento (Código de Processo Civil, art. 475-J¹⁹), a

18/ STF, ACi 9.705/DF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 9/9/1987, DJ 23/10/1987. V. também: STF, ACi 9.697/DF, Pleno, Rel. Min. Djaci Falcão, julg. 30/4/1986, DJ 30/5/1986; STF, RE 88.876/SP, Pleno, Rel. Min. Rafael Mayer, 1/2/1980, DJ 27/2/1981.

19/ "Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante".

"§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte".

Esse dispositivo foi incluído no Código de Processo Civil pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

fim de tê-la executada²⁰. Uma vez rejeitada eventual alegação de imunidade de execução, o processo observa o regime de execução definido nos arts. 475-J e ss., portanto, o exeqüente pode indicar, já no aludido requerimento, os bens a serem penhorados (art. 475-J, §3º). Quanto aos títulos extrajudiciais, segue-se o mecanismo de execução em processo autônomo, no qual o executado é citado para efetuar o pagamento da dívida (Livro II do Código de Processo Civil). Também nessa hipótese, diante do não-pagamento, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens, que podem ser indicados pelo credor ou pelo executado (art. 652, alterado pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006).

Foram, também, indagados a existência e o conteúdo da disciplina da litigância de má-fé na legislação pátria, haja vista a possibilidade de a invocação de imunidades ser considerada abusiva ou protelatória pela jurisdição brasileira.

No Brasil, há previsão legal de condenação por perdas e danos e de imposição de sanção pecuniária em virtude de litigância de má-fé por parte do autor, do réu ou do interveniente (Código de Processo Civil, arts. 16 a 18). Segundo a lei, o **litigante de má-fé** poderá ser condenado, *ex officio* ou mediante pedido da parte prejudicada, “a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou” (art. 18). No entanto, a jurisprudência tem condicionado o reconhecimento desse tipo de litigância ao preenchimento do requisito subjetivo de que o litigante tenha agido com evidente dolo e má-fé:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO.

1. A motivação do recurso, um dos requisitos de sua admissibilidade, é expressão do poder de recorrer da parte de buscar a positivação do direito que entende ser-lhe devido, cuja procedência ou improcedência em nada se confunde com a litigância de má-fé, que se há de reconhecer em havendo deliberada alteração da verdade.

2. Embargos de declaração acolhidos²¹.

20/ Tratando-se de obrigações de fazer ou não fazer e de entregar coisa certa, incidem os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, respectivamente, que prevêem medidas coercitivas voltadas ao cumprimento da sentença, também no próprio processo.

21/ STJ, EDcl nos EDcl no REsp 35.440/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julg. 9/8/2005, DJ 12/9/2005.

De acordo com o Código de Processo Civil (art. 17), considera-se litigante de má-fé aquele que: deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidentes manifestamente infundados; interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Note-se ainda que, na hipótese de um banco central estrangeiro utilizar o Sistema de Pagamentos Brasileiro, há uma proibição específica de constrição judicial, contida no art. 6º da Lei 10.214, de 27 de março de 2001, segundo a qual tanto os bens e os direitos integrantes do patrimônio especial²² como aqueles oferecidos em garantia pelos participantes são **impenhoráveis** e não se sujeitam a arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer outro ato de constrição judicial, exceto para o cumprimento das obrigações assumidas pela própria câmara ou pelo prestador de serviços de compensação e de liquidação na qualidade de parte contratante²³.

Bens de bancos centrais estrangeiros cuja imunidade de execução não haja sido reconhecida em juízo estão sujeitos, em tese, a uma única espécie de **medida extrajudicial de constrição**: se investidos ou depositados em instituição cuja intervenção ou liquidação tenha sido decretada pelo Banco Central do Brasil. O ato de decretação desses regimes especiais provoca a inexigibilidade de créditos dos investidores ou depositantes, de modo a propiciar o futuro concurso de credores, característico das execuções coletivas. Assim dispõem os arts. 6º e 18 da Lei 6.024, de 13 de março de 1974:

Art. 6º A intervenção produzirá, desde sua decretação, os seguintes efeitos:

a) suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas;

22/ Patrimônio constituído pelas câmaras e pelos prestadores de serviços de compensação e de liquidação responsáveis por um ou mais ambientes sistemicamente importantes, com bens e direitos necessários a garantir exclusivamente o cumprimento das obrigações existentes em cada um dos sistemas que estiverem operando. Para alcançar esse fim, o patrimônio especial é incomunicável com o patrimônio próprio da câmara ou prestador de serviços de compensação e de liquidação ou com qualquer outro patrimônio especial por eles constituído (art. 5º, *caput* e §1º, da Lei 10.214, de 2001).

23/ Em sistemas de compensação e de liquidação em que o volume e a natureza dos negócios, a juízo do Banco Central do Brasil, possam implicar risco à solidez e ao regular funcionamento do sistema financeiro nacional, as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e liquidação devem assumir, em relação a cada participante, a posição de parte contratante, para fins de liquidação das operações travadas em seus respectivos sistemas (art. 4º, *caput*, da Lei 10.214, de 2001), o que aumenta a certeza de liquidação das transações.

b) suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas;

c) inexistência dos depósitos já existentes à data de sua decretação.

(...)

Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação;

b) vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;

c) não atendimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais vencidos em virtude da decretação da liquidação extrajudicial;

d) não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;

e) interrupção da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade da instituição;

f) não reclamação de correção monetária de quaisquer divisas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas.

Quanto à lei de regência, as normas brasileiras acerca de conflitos de leis indicam que as imunidades de bens de bancos centrais seriam disciplinadas pela lei do país onde se encontram tais bens; *i. e.*, adota-se a regra *lex rei sitae* (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 8º, *caput*: “para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados”). Inspirados no princípio da autonomia da vontade, os tribunais brasileiros têm concebido a possibilidade de as partes contratuais elegerem a lei de regência de suas relações jurídicas²⁴, mas não consta haverem aplicado lei estrangeira a bens localizados no País.

24/ Cf. excerto de acórdão do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, AI 1.247.070-7, 12ª Câmara, Rel. Juiz Beretta da Silveira, julg. 18/12/2003, data da publicação indisponível no sítio do Tribunal na Internet: “Tem-se, portanto, que no Brasil é admitida a escolha da lei aplicável nos contratos internacionais, e como as partes no presente caso escolheram expressamente a lei do Reino Unido, esta escolha é válida e eficaz.”

A respeito, cf. também: Tribunal de Justiça de São Paulo, ACi 7.030.387-8, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Vieira, julg. 18/10/2007, DJE 13/12/2007.

3. Imunidades dos bens do Banco Central do Brasil

Passa-se, agora, a analisar as imunidades conferidas pela lei brasileira aos bens do Banco Central do Brasil (BCB), com relação à jurisdição, à execução e a outras formas de potencial constrição desses bens.

O BCB, autarquia federal, tem personalidade jurídica de direito público, aplicando-se a seus bens a disciplina legal dispensada aos bens públicos na jurisdição brasileira.

Assim, primeiramente, o *caput* do art. 100 da Constituição da República prevê que, afora os créditos alimentícios, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em razão de sentença judicial deverão obedecer à ordem de apresentação dos precatórios²⁵, *in verbis*:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

De acordo com o §1º desse dispositivo, “é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constante de precatórios judiciais (...)”, de onde deflui uma proibição genérica à determinação de pagamentos imediatos que poderiam comprometer a disposição de bens do BCB.

Às regras constitucionais soma-se a disciplina relativa à execução contra a Fazenda Pública, encontrada nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil²⁶, sob a seguinte forma:

25/ Observe-se que, embora os créditos alimentícios não se assujeitem à ordem cronológica de apresentação dos precatórios ordinários, dependem da expedição dessas requisições judiciais para que sejam pagos, o que se dá em seguimento a uma ordem cronológica própria, exclusiva desses precatórios extraordinários.

26/ Procedimento equivalente é previsto no art. 6º da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997.

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias²⁷; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

Com relação à possibilidade de constrição judicial, as regras constitucionais sobre o sistema de precatórios admitem a possibilidade de **seqüestro** da quantia devida pela Fazenda Pública a determinado credor, no caso de preterimento do seu direito de precedência²⁸, como dispõe o §2º do art. 100 da CR:

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e **autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito** (grifo nosso).

Da mesma maneira, em caso de dívidas de pequeno valor da Fazenda Pública – que, por disposição constitucional, também não se submetem ao procedimento reservado aos precatórios (art. 100, §3º)²⁹ –, o não-atendimento à determinação judicial de pagamento no prazo estipulado também enseja o seqüestro do valor respectivo na conta da entidade devedora³⁰, por força do §2º do art. 17 da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, *verbis*:

27/ O art. 4º da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 (em tramitação, até a data de conclusão deste estudo), inseriu art. 1º-B na Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, alterando o prazo previsto no *caput* do artigo 730 para 30 (trinta) dias.

28/ Nesse sentido: STF, AgR na Rcl. 2143/SP, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 12/3/2003, DJ 6/6/2003.

29/ No âmbito federal, em que se incluem as execuções contra o BCB, as dívidas de pequeno valor são aquelas de montante não superior a 60 (sessenta) salários mínimos, de acordo com o art. 3º c/c o §1º do art. 17, ambos da Lei 10.259, 12 de julho de 2001.

30/ Nesse sentido: STF, AgR na Rcl. 2.952/RN, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 31/5/2006, DJ 23/6/2006.

Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório.

(...)

§ 2º Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.

Ainda na seara processual, interessa observar que, de acordo com a Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, e com a Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997³¹, a tutela judicial de urgência – que abrange medidas cautelares e de tutela antecipada – contra atos do Poder Público tem um âmbito mais restrito do que aquele alcançado por providências dessa natureza dirigidas contra particulares. Em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o *parquet* ou a pessoa jurídica interessada podem requerer que as decisões judiciais desse teor, em ações movidas contra o Poder Público, tenham sua execução suspensa pelo presidente do tribunal competente para conhecer do respectivo recurso (Lei 8.437, de 1992, art. 4º).

Além disso, deve-se recordar que, segundo os arts. 99, II, e 100 do Código Civil, os bens de uso especial do BCB³² são inalienáveis. O Código de Processo Civil, por sua vez, determina serem absolutamente impenhoráveis os bens inalienáveis (art. 649, I) e proíbe a execução de bens impenhoráveis ou inalienáveis (art. 648), o que implica a **imunidade de execução** dos bens de uso especial do BCB perante a Justiça brasileira.

Também são impenhoráveis as **reservas bancárias** – as quais, embora não se possam considerar propriedade do BCB, são mantidas em depósito na autarquia –, por força do art. 68 da Lei 9.069, de 29 de junho de 1995³³, e da Súmula 328

31/ Ambas as leis foram significativamente alteradas pela Medida Provisória 2.180-35, de 2001.

32/ Nessa categoria de bens, estão inclusos, por exemplo, edifícios, mobiliário, veículos, equipamentos e materiais pertencentes à autarquia e necessários ao desempenho das atividades exercidas por seus servidores e colaboradores.

33/ “Art. 68. Os depósitos das instituições financeiras bancárias mantidos no Banco Central do Brasil e contabilizados na conta ‘Reservas Bancárias’ são impenhoráveis e não responderão por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, contraída por essas instituições ou quaisquer outras a elas ligadas. Parágrafo único. A impenhorabilidade de que trata o *caput* deste artigo não se aplica aos débitos contratuais efetuados pelo Banco Central do Brasil e aos decorrentes das relações das instituições financeiras com o Banco Central do Brasil”.

do STJ³⁴, salvo com relação aos débitos contratuais efetuados pelo BCB e àqueles decorrentes das relações das instituições financeiras com a autarquia.

Quanto à **imunidade tributária** incidente sobre os bens do BCB, garantida pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, *a*, *c/c* o art. 150, §2º, da Constituição da República, cumpre salientar que seu alcance se limita a impostos³⁵. Assim, são cobradas da autarquia as demais espécies tributárias: taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e contribuições para a seguridade social. Em caso de execução de débitos fiscais contra a Fazenda Pública, também é seguido o regime do Código de Processo Civil (arts. 730 e 731).

No que toca à competência dos juízes brasileiros, as ações judiciais em que o BCB figurar como autor, réu, assistente ou oponente são processadas e julgadas pela Justiça Federal, exceto quando relativas a falência ou acidentes de trabalho ou sujeitas à competência da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho (CR, art. 109, I).

Ainda sobre a competência jurisdicional, tem-se que o processo e o julgamento de mandados de segurança impetrados contra os atos do Presidente do BCB cabem ao STJ (CR, art. 105, I, *b*), uma vez que a Lei 11.204, de 5 de dezembro de 2005, atribui o cargo de Ministro de Estado àquela autoridade. Pelo mesmo motivo, nas infrações comuns e nos crimes de responsabilidade, compete ao STF processar e julgar o Presidente do BCB (art. 102, I, *c*).

Por fim, tratou-se da possibilidade de renúncia, à luz da ordem jurídica pátria, a imunidades que venham a ser conferidas aos bens do BCB pela legislação estrangeira aplicável.

A hipótese de renúncia a imunidades que amparem os bens do BCB em jurisdições estrangeiras não tem sido admitida nos contratos de administração das reservas oficiais, depositadas na autarquia (Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 10, inc. VIII)³⁶. Por conseguinte, tem-se defendido a inexistência de respaldo legal para o BCB renunciar expressa e previamente, em instrumento contratual, a imunidades estatais ou para aderir a cláusula de foro que eleja jurisdição estrangeira para dirimir litígios relativos às relações jurídicas contratuais entre as partes. A proibição de **renúncia à imunidade de execução** dos bens do

34/ “Na execução contra instituição financeira, é penhorável o numerário disponível, excluídas as reservas bancárias mantidas no Banco Central” (STJ, Corte Especial, julg. 2/8/2006, DJ 10/8/2006).

35/ Cf. STF, AgR no RE 204453/MG, 2.ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 22/2/2005, DJ 18/3/2005.

36/ Parte das reservas oficiais do País em ouro e moeda estrangeira, cujo depositário legal é o BCB, é mantida em depósito e investida no exterior mediante contratação de instituições financeiras lá domiciliadas.

BCB advém da natureza pública desses bens (e de sua conseqüente inalienabilidade e impenhorabilidade) e da previsão constitucional de um regime específico de execução contra a Fazenda Pública (sistema de precatórios).

Ademais, entende-se que o BCB deve adotar a **arbitragem** como mecanismo de solução de eventuais conflitos nos contratos de administração das reservas oficiais, o que exclui a possibilidade de sua submissão voluntária à jurisdição estrangeira. Tal posição tem fulcro no disposto nas Resoluções 6, de 27 de janeiro de 1993³⁷, e 82, de 18 de dezembro de 1990³⁸, ambas do Senado Federal, que, embora se refiram à negociação da dívida pública externa, tiveram sua aplicação estendida aos mencionados contratos.

Vale consignar que os tribunais brasileiros reconhecem e executam sentenças arbitrais estrangeiras, em conformidade com os parâmetros estabelecidos na Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958³⁹, e na Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996). A competência para a homologação de sentenças arbitrais ou judiciais estrangeiras é do STJ (CR, art. 105, I, *i*), mas não há precedentes de causas em que o BCB seja parte, até então. Quando da homologação, é exigido o atendimento de requisitos formais, mas não se examina o conteúdo da decisão estrangeira, como se houve, por exemplo, no seguinte precedente:

Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos. 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória. 2. Descabe examinar o mérito da

37/ “Art. 2º Os contratos de que trata o art. 1º da Resolução nº 7, de 30 de abril de 1992 [contratos bilaterais para a reestruturação da dívida externa do setor público junto aos governos dos países credores e suas respectivas agências de crédito], devem se adequar aos seguintes parâmetros:

(...)

II – sempre que houver previsão sobre meios de solução de controvérsias, deverão os contratos estabelecer, alternativamente, que as dúvidas e os litígios delas decorrentes ou serão resolvidos por via amigável ou diplomática, ou submetidos a arbitragem, na forma do disposto no art. 4º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 82, de 18 de dezembro de 1990”.

38/ “Art. 8º Os contratos relativos a operações de crédito externo de que participem a União ou suas autarquias:

(...)

§ 1º Os contratos de que trata este artigo deverão estabelecer que os litígios deles decorrentes serão submetidos a arbitragem.

§ 2º Um dos árbitros deverá ser escolhido pelo credor, outro pelo devedor, e o terceiro de comum acordo pelos dois primeiros. Não havendo concordância com respeito ao nome do terceiro árbitro, este será designado pelo Presidente da Corte Internacional de Haia”.

39/ Aprovada pelo Decreto Legislativo 52, de 25 de abril de 2002, e promulgada pelo Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002.

sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Homologação deferida⁴⁰.

4. Conclusão

Com este trabalho, objetivou-se sistematizar o tratamento dispensado pela legislação pátria e pelos tribunais brasileiros à proteção dos bens de bancos centrais estrangeiros e do Banco Central do Brasil.

À falta de textos normativos de direito interno sobre imunidades estatais e da vigência interna e externa da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais de Estados e seus Bens, de 2004, incumbiu-se à jurisprudência brasileira construir a disciplina da imunidade de jurisdição e de execução de bens de outros Estados, o que se fez, essencialmente, com base em tratados internacionais sobre relações diplomáticas e consulares e do direito internacional costumeiro. Não há até o momento, porém, decisão específica sobre bens de bancos centrais estrangeiros, fato que impede que se afirme, com precisão, como um eventual caso concreto será julgado nas cortes brasileiras.

Não obstante, observa-se que há tendência de que as instâncias extraordinárias (STJ e STF) confirmem a Estados estrangeiros imunidade absoluta de jurisdição quanto a atos de soberania (*acta iure imperii*) e imunidade relativa quanto a atos de gestão (*acta iure gestionis*). Já no que tange à exequibilidade de bens de Estados estrangeiros, as cortes têm-lhes reconhecido imunidade absoluta e, conseqüentemente, não os têm sujeitado a medidas constritivas, conquanto os precedentes fundem-se nas Convenções de Viena sobre relações diplomáticas e consulares, de 1961 e 1963, que amparam apenas bens de embaixadas e consulados.

Àqueles bens a que não se tenha conferido imunidade de execução, pode-se aplicar, em tese, apenas uma medida extrajudicial de constrição: a decorrente da decretação de intervenção ou liquidação de instituição financeira em que os referidos bens estejam investidos ou depositados.

A renúncia à imunidade de jurisdição e de execução de Estados estrangeiros é, em todo caso, possível, mas deve ser expressa e manifestada de maneira inconfundível pelo litigante para que seja aceita pelas cortes nacionais.

40/ STJ, SEC 856/EX, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, julg. 18/5/2005, DJ 27/6/2005.

No caso da imunidade de bens do Banco Central do Brasil, aplicam-se-lhe os dispositivos constitucionais e legais que regulam a forma de execução de débitos da Fazenda Pública. Assim é que, em regra, seus bens são impenhoráveis e as execuções contra ele movidas culminam na expedição de precatórios judiciais. As exceções ao sistema de precatórios estão previstas no próprio texto constitucional e constituem hipóteses de seqüestro (nos casos de preterimento no pagamento conforme a ordem de apresentação dessas requisições e de não-pagamento de dívidas de pequeno valor) das respectivas quantias na conta da Fazenda Pública devedora.

No tocante à execução dos bens do Banco Central do Brasil em jurisdição estrangeira, tem-se afastado a possibilidade de renúncia à imunidade que lhes venha a ser conferida pela legislação aplicável, em virtude da inalienabilidade e da impenhorabilidade dos bens públicos, bem como da imposição do sistema de precatórios às execuções contra a Fazenda Pública. Além disso, a prescrição de mecanismo de arbitragem para a resolução de conflitos advindos de contratos internacionais assinados pela autarquia (por aplicação extensiva de disposições das Resoluções 6, de 1993, e 82, de 1990, ambas do Senado Federal) é tida como incompatível com a submissão voluntária à jurisdição estrangeira e, por conseguinte, com a renúncia a imunidades, uma vez que ambas representariam aquiescência com processo e julgamento em tribunal judicial alienígena.

Referências

MADRUGA FILHO, Antenor. **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **Das imunidades de jurisdição e de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DOLINGER, Jacob. A imunidade estatal à jurisdição estrangeira. *In*: DOLINGER, Jacob (coord.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

MAGALHÃES, José Carlos de. Da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro perante a Justiça brasileira. In: DOLINGER, Jacob [coord.]. **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados: proteção a bens de bancos centrais. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 174, out./dez. 1988.

STF, CR-Agr 8.279/AT, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 17/6/1998, DJ 10/8/2000.

STF, ADI-MC 1.480/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 4/9/1997, DJ 18/5/2001.

STF, RE 94.084, Pleno, Rel. Min. Aldir Passarinho, julg. 12/3/1986, DJ 20/6/1986.

STF, AIAgr 139.671, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 20/6/1995, DJ 29/3/1996.

STF, AC 9.696/SP, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 31/5/1989, DJ 12/10/1990.

STJ, Ag 230.684, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 25/11/2002, DJ 10/3/2003.

STJ, RO 46/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julg. 6/12/2005, DJ 13/2/2006.

STF, ACi 9.705/DF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 9/9/1987, DJ 23/10/1987.

STF, ACi 9.697/DF, Pleno, Rel. Min. Djaci Falcão, julg. 30/4/1986, DJ 30/5/1986.

STF, RE 88.876/SP, Pleno, Rel. Min. Rafael Mayer, 1/2/1980, DJ 27/2/1981.

STJ, EDcl nos EDcl no REsp 35.440/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julg. 9/8/2005, DJ 12/9/2005.

1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, AI 1.247.070-7, 12ª Câmara, Rel. Juiz Beretta da Silveira, julg. 18/12/2003, data da publicação indisponível no sítio do Tribunal na Internet.

Tribunal de Justiça de São Paulo, ACi 7.030.387-8, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Vieira, julg. 18/10/2007, DJE 13/12/2007.

STF, AgR na Rcl. 2.143/SP, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 12/3/2003, DJ 6/6/2003.

STF, AgR na Rcl. 2.952/RN, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 31/5/2006, DJ 23/6/2006.

STF, AgR no RE 204.453/MG, 2.ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 22/2/2005, DJ 18/3/2005.

STJ, Enunciado 328 da Súmula de Jurisprudência, Corte Especial, julg. 2/8/2006, DJ 10/8/2006.

SEC 856/EX, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, julg. 18/5/2005, DJ 27/6/2005.

A Atuação do Poder Judiciário na Solução de Conflitos Inflacionários: uma Crítica ao Discurso Jurisdicional sobre Questões Distributivas

Jáder Amaral Brilhante*

1. Introdução. 2. Caracterização básica dos processos de inflação comum, inercial e hiperinflação. 3. Os erros de medição dos indexadores oficiais em ambiente de inflação inercial – a questão dos expurgos inflacionários. 4. O choque heterodoxo como alternativa política ao conflito distributivo pela renda. 5. O equacionamento do problema dos expurgos inflacionários. 6. A lide inflacionária no Direito brasileiro. 7. Conclusão.

1. Introdução

Após várias décadas de índices inflacionários elevados, a primeira experiência duradoura de estabilidade de preços no Brasil se realizou, a partir de meados de 1994, com a implantação da fase de reforma monetária do chamado Plano Real. O sucesso obtido com o precitado programa de estabilização, consubstanciado não apenas na consolidação do Real como moeda nacional, mas, sobretudo, na debelação do fenômeno inflacionário inercial, provocou grandes mudanças no ideário da sociedade, que passou a vislumbrar no equilíbrio de preços um valor inestimável.

* Procurador-Chefe do Banco Central no Estado do Ceará. Bacharel em Direito. Especializado em Direito Administrativo e em Direito Econômico da Regulação Financeira. Graduado em Engenharia Elétrica. Mestrado em Eletrônica de Potência.

O processo de inflação inercialista, mais do que uma mazela imanente às relações econômicas, passou a ser compreendido como um problema social a ser enfrentado, causador de verdadeiro imposto inflacionário que, de um lado, corroía a moeda dos pobres e “desbancarizados” para, de outro, transferi-la ao Estado e aos rentistas. Na atual quadra institucional, o Estado Administração, independentemente do matiz ideológico de seus governantes, dificilmente lograria encontrar apoio para a implantação de políticas econômicas que viessem a descurar de diretrizes como estabilidade de preços, necessidade de contenção de gastos públicos e responsabilidade fiscal, à vista de corporificarem valores hodiernamente impregnados na cultura nacional. Cumpre reconhecer, portanto, que, na fase contemporânea da economia brasileira, incide o primeiro estágio do ciclo histórico de compreensão inflacionária, sintetizado na obra de John Kenneth Galbraith em fragmento do seguinte teor: “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.”¹

Postas essas primeiras considerações, aduza-se que o primeiro objetivo desse trabalho é demonstrar que a inflação inercial, por suas características intrínsecas, inviabiliza qualquer iniciativa de promoção da chamada justiça econômica, conquanto seja da substância dessa conjuntura econômica a conflagração de conflitos distributivos pela renda. Ademais, apresentar-se-á o choque heterodoxo como uma política pública imprescindível à ruptura do processo inercial, ocasião quando se revelará a verdadeira dimensão da lide inflacionária inercial, qual seja: a discussão sobre as perdas de correção monetária por índices oficiais, decorrentes de deficiências na medição da inflação durante a fase inercial.

Questão mais relevante, entretanto, é perscrutar as entranhas das decisões judiciais produzidas no país para o fim de se verificar se, sob alguma perspectiva, o Poder Judiciário teria desenvolvido formas de comprometimento com a atual diretriz de estabilização da moeda, para deslindar se os parâmetros que balizam o ato decisório – inspirados, tradicionalmente, nos cânones da justiça comutativa – são capazes de oferecer critérios apropriados à realização da justiça, sem que isso importe, necessariamente, na desconsideração do equilíbrio dos preços como um valor de toda sociedade.

1/ GALBRAITH, John Kenneth. **Moeda: de onde veio, para onde foi**. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 52.

2. Caracterização básica dos processos de inflação comum, inercial e hiperinflação

O estudo do processo inflacionário, mediante a adoção dos critérios de tendência à aceleração e de delimitação das taxas de inflação alcançadas, determina a estratificação do fenômeno em três categorias distintas: 1) inflação comum; 2) inflação inercial; e 3) hiperinflação.²

A inflação comum caracteriza-se pela oscilação dos preços em torno de certo patamar, que, normalmente, não ultrapassa o montante de 10% (dez por cento) ao ano, aumentando ou diminuindo na dependência do ciclo e da política econômica adotada. Quanto a esse tipo de inflação, pode-se apontar a existência de quatro teorias voltadas a explicá-la: 1) a inflação monetarista; 2) a inflação keynesiana; 3) a inflação estrutural; e 4) a inflação administrada.

A experiência histórica demonstra que um processo inflacionário do tipo comum pode se instaurar com a configuração conjunta ou isolada dos caracteres de cada um dos tipos de inflação mencionados – monetarista, keynesiana, estrutural ou administrada. Todavia, o que se percebe, hodiernamente, é que os estudiosos de macroeconomia têm emprestado maior credibilidade às explicações monetaristas de inflação, deixando de considerar, sem justificção plausível, a consistente teorização proposta pela doutrina da inflação administrada, em que o poder de mercado funciona como elemento proeminente na formação da estrutura dos preços. Desconsideração, aliás, que mereceu as críticas de Sicsú e Modenesi,³ que vêem na elevação generalizada e desenfreada dos preços administrados o principal foco contemporâneo de causação da inflação brasileira.

As teorias monetaristas do último quartel do século XX asseveram que o processo inflacionário, decorrente da ilusão monetária ou dos erros expectacionais dos agentes econômicos, exerce uma influência negativa sobre os fatores reais da economia, na medida em que solapa a solidez monetária, imprescindível ao adequado funcionamento do sistema produtivo. A par dessa argumentação, os teóricos monetaristas propõem como solução para o distúrbio inflacionário uma atuação diuturna dos *policymakers* no controle dos estoques monetários, para

2/ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A aceleração da inflação inercial. In: REGO, José Márcio (org.). **Aceleração recente da inflação**. São Paulo: Editora Bional, 1989, p. 3.

3/ SICSÚ, João. Para repensar a ciência econômica, para repensar a economia brasileira. In: MODENESI, André de Melo. **Regimes monetários: teoria e a experiência do real**. Barueri: Manole, 2005, p. XII-XLII.

que o aumento nos quantitativos de moeda não ocorra em níveis superiores à variação do produto interno bruto, aspecto que, na visão dos monetaristas contemporâneos, constitui a principal causa da inflação.

Os teóricos da inflação administrada, a seu turno, enxergam na estrutura monopolista do hodierno capitalismo tecnoburocrático a causa primeira e determinante da inflação, na medida em que cria as condições para que certas unidades produtivas, desde que dotadas de poder de mercado, e também o Estado aumentem autonomamente seus preços, mesmo em ambiente de demanda reprimida, provocando uma elevação dos custos de produção de todo o sistema econômico.

A inflação inercial, por sua vez, consubstancia-se em fenômeno bem diverso dos processos inflacionários comuns. Nesse particular, tem-se uma deterioração crônica do valor da moeda, marcada por taxas inflacionárias sobremodo elevadas, superiores ao patamar de 3% (três por cento) ao mês, sendo o processo identificado pela presença concomitante dos seguintes fatores inflacionários: um componente inercial, a reprodução, no presente, de índices inflacionários verificados no passado; alguns mecanismos aceleradores endógenos, valendo citar: o aumento relativo dos preços por indexação assimétrica, a reação dos agentes econômicos perdedores contra a percepção de lucros inflacionários pelos agentes beneficiados no processo, o comportamento defensivo de fornecedores e revendedores nas transações de compra e venda a prazo e a reação estatal contra perdas inflacionárias; e, finalmente, dois mecanismos sancionadores da inflação em curso: o aumento no quantitativo de moeda e o *deficit* público.⁴

A elucidação dos caracteres identificadores das diversas modalidades de processos inflacionários constitui-se em medida imprescindível à atuação do Estado regulador. Com efeito, é a partir da precisa identificação do tipo de inflação que está em curso que o *staff* governamental tem condições de não apenas orientar suas políticas administrativas, como também elaborar projetos legislativos voltados a debelar o processo inflacionário instaurado. No caso do Brasil, o grande desafio do período de redemocratização, iniciado com o surgimento da chamada Nova República, foi controlar os fatores de realimentação inflacionária criados pelo processo de inflação inercial, cabendo destacar, nesse particular, o mecanismo de indexação assimétrica, deflagrador de um vetor de transferência do

4/ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Teoria da Inflação Inercial Reexaminada. In: REGO, José Márcio (org.). **Aceleração recente da inflação**. São Paulo: Editora Bional, 1989, p. 2.

excedente econômico, no qual a renda migrava dos setores de excelência produtiva para os pólos dotados de força política e de poder de mercado, provocando prejuízos expressivos para assalariados, pobres e desbancarizados.

3. Os erros de medição dos indexadores oficiais em ambiente de inflação inercial – a questão dos expurgos inflacionários

Um dos aspectos mais marcantes do fenômeno inercial é o surgimento da realimentação inflacionária, mecanismo decorrente de uma indexação imperfeita tendente a provocar uma ascensão moderada, mas persistente, nos valores dos índices de preços.⁵ Em uma tal conjuntura, as insuficiências técnicas no procedimento de medição da inflação infligirão perdas rigorosas aos credores de contratos (com vencimento a termo) indexados por taxas inflacionárias oficiais. A aferição da inflação a partir do cotejo da média contra média, associada à necessidade de algum tempo para a divulgação do índice mensurado – sistemática correntemente adotada pelos diversos institutos de pesquisa econômica –, uma vez implementada em ambiente de elevação progressiva dos preços, provoca um erro inevitável na quantificação do valor da inflação, passível de instaurar acirrada contenda ente os pólos credor e devedor da relação jurídica contratual.

Perceba-se, ante o exposto, que são dois os fatores determinantes dos erros de medição na taxa oficial de inflação: primeiro, a defasagem conseqüente do cotejo de média contra média; e, segundo, o atraso na divulgação de índice inflacionário já calculado. Essas discrepâncias têm o condão de destruir completamente o uso da correção monetária como mecanismo de realinhamento dos preços, causando toda sorte de prejuízos, independentemente de a indexação ser implementada com a fixação de cláusula contratual ou com a imposição de regras legais. Postas essas primeiras considerações, elucidem-se, então, em mais detalhes, os graves distúrbios causados pelas insuficiências na sistemática de aferição de taxas inflacionárias inerciais.

Inicie-se, por consignar, que o cálculo de índices de preços é o método corriqueiramente utilizado para se aferir a taxa de desvalorização da moeda, a qual

5/ O mecanismo de espiral inflacionária somente é acionado com a conformação de um quadro hiperinflacionário, momento em que o crescimento explosivo dos preços forçará os agentes econômicos a abandonar o uso da moeda local.

é obtida por meio da relação matemática entre os custos pontuais ponderados, medidos em datas predefinidas – normalmente, usa-se o lapso de um mês –, de produtos constantes de uma cesta específica de mercadorias. Valendo-se dessa comparação intertemporal, os institutos de pesquisas econômicas calculam um percentual indicativo da elevação do nível geral de preços, valor que, no entender de Lopes e Rosseti,⁶ “seria perfeito se resultasse da verificação dos movimentos dos preços de todos os fatores e produtos transacionados na economia, rigorosamente ponderados por sua exata participação na geração da renda e do produto nacionais.”

Entreveja-se, da análise das ponderações dos mencionados economistas, que uma medição absolutamente perfeita da taxa de inflação é um ideal impossível de ser alcançado. Em períodos de inércia inflacionária, um índice de inflação, para ter precisão cientificamente aceitável, deveria ser medido a partir de valores pontuais, como decorrência da relação entre o preço ponderado de uma cesta de mercadorias no último dia do mês em curso e o resultado de idêntica aferição realizada no dia final do trintídio passado. Destaque-se, portanto, que, quando a inflação é inercial, a medição pela técnica da ponta contra ponta, afastadas outras alternativas de erros menos prováveis,⁷ é a única metodologia que assegura ao indexador monetário um padrão mínimo de exatidão e, por conseguinte, de confiabilidade.

Não se pode deixar de considerar, à guisa de esclarecimento, que uma série de óbices operacionais⁸ compele os institutos de pesquisas econômicas a fugir da aferição de ponta contra ponta, fazendo-os lançar mão de uma aproximação por índice médio, como se essa sistemática pudesse substituir adequadamente o índice pontual correspondente. Ao longo da presente explanação, lograr-se-á demonstrar que o mecanismo de indexação de média contra média se mostrará demasiado equivocado. Deveras, se é certo que num contexto de inflação comum, tal como registrado hodiernamente, o caráter oscilatório dos índices de

6/ LOPES, João do Carmo; ROSSETI, José Paschoal. **Economia monetária**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 308.

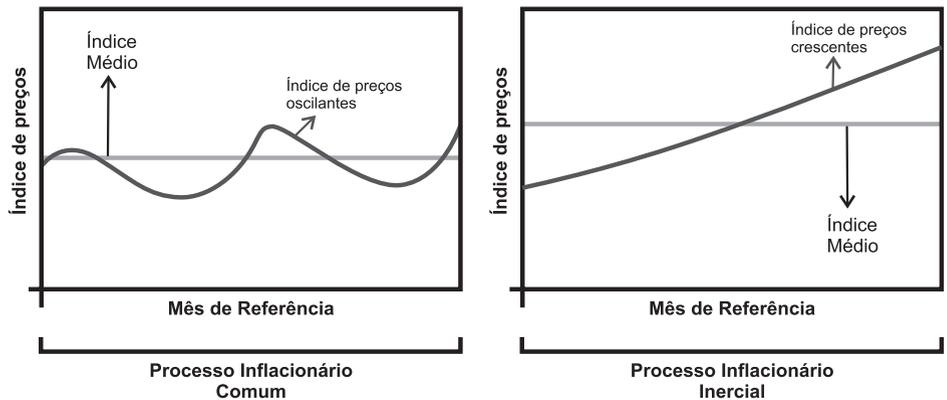
7/ Lopes e Rosseti apontam outros tipos de erros que dificultam a obtenção de indexadores perfeitos. Na linha dessas idéias, os autores destacam os seguintes obstáculos à exata medição: 1) erros de fórmulas; 2) erros de amostragem; e 3) erro de homogeneidade. Para mais detalhes, recomenda-se a leitura de LOPES, João do Carmo; ROSSETI, José Paschoal. **Economia monetária**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 309.

8/ Dentre os vários empecilhos apontados pelos economistas para a medição da taxa de inflação pelo método ponta contra ponta, merecem especial destaque: 1) o fato de certos bens e serviços não serem comercializados em todos os dias do mês, restando inviabilizada a aferição de índices de preços naquelas datas carentes de negociação; e 2) a dificuldade de se coletar, tabular, ponderar e divulgar, em um único dia, o valor mensurado para a taxa de inflação.

preços garante uma aferição de média contra média sabidamente satisfatória, não se pode descurar, por outro lado, que sob os efeitos de um processo inflacionário inercial, nos moldes registrados até meados de 1994, o manejo inadvertido de índices médios conduz a resultados flagrantemente distorcidos, causando erros de medição de impossível tolerância jurídica e matemática. Assim, se é indubitável que em processos inflacionários comuns as taxas de inflação podem ser medidas com razoável precisão pela técnica da média contra média, o mesmo não se poderá afirmar quando o objeto sob medição for um fenômeno inflacionário inercial, marcado pelo crescimento moderado, mas persistente, dos valores dos índices de preços.

A comparação gráfica abaixo apresentada almeja demonstrar por que, de um lado, os índices médios de preços são, em processos inflacionários comuns, uma boa representação da realidade, enquanto, de outro, em se tratando de inflações inerciais, esse tipo de representação (por índices médios) conduz a resultados inverossímeis.

Fig. 1 – Comparação esquemática da aplicação de índices médios de preço entre processos inflacionários comuns e inerciais.



A par dessas premissas, entremostra-se oportuno lançar mão de um exemplo hipotético, a fim de tentar elucidar, da melhor forma possível, as insuficiências técnicas da metodologia de aferição das taxas de inflação. Para esse mister, tomar-se-á como referência uma tabela fictícia de índices de preços (Anexo I),

indicativa de valores representativos de uma conjuntura de inflação inercial já deflagrada, na qual os preços dos produtos se elevam de modo persistente.

O erro de defasagem decorrente da adoção de uma aferição de média contra média inflige perdas acentuadas aos credores de obrigações a termo, prejuízos que, normalmente, não são equacionados no curso de uma inflação inercial. Nesse contexto, os Poderes Executivo e Judiciário atuam como se o fenômeno não existisse, fato equivalente a um reconhecimento, por via oblíqua, de que os credores não têm direitos à indenização por indexação contratual insuficiente, causada por erros na medição da taxa de inflação oficial. Luiz Carlos Sturzenegger justifica esse comportamento institucional partindo da pressuposição de que as partes contratantes acatariam qualquer indexador de correção monetária advindo de metodologia oficial, independentemente de o precitado valor se encontrar impregnado de defasagens. O autor parte da premissa de que, em princípio, credores e devedores não preconizariam, para o período de vigência das obrigações, uma profunda modificação no comportamento dos preços.⁹

A justificativa mais plausível para o acolhimento de índices oficiais equivocados parece, todavia, ser de natureza bem diversa: de um lado, tudo indica que parte dos prejudicados não tem plena consciência de que suporta prejuízos; de outro lado, os que sabem sobre a perda não avaliam precisamente o montante de que são privados; por fim, os que têm poder econômico compensam os prejuízos com a cobrança de juros elevados. De todo modo, o que se busca por ora demonstrar é que as imprecisões na metodologia de cálculo da inflação causam severos prejuízos ao pólo credor da relação obrigacional, cumprindo, por conseguinte, explicitar, em maiores detalhes, como o precedente mecanismo de enriquecimento do devedor se instaura sem sequer ser notado.

Elucide-se, nesta etapa deste artigo, como os erros na medição da taxa de inflação podem levar à oficialização de indexadores absolutamente inadequados. Nesse particular, afirme-se, como premissa, que a utilização do método de aferição da inflação de média contra média, nos contextos de inércia inflacionária, determina, como se verá, a adoção de um valor de índice de preço (pela média) bem diverso daquele outro que, efetivamente, representaria a realidade fenomenológica do processo inflacionário (valor de ponta – medido no último

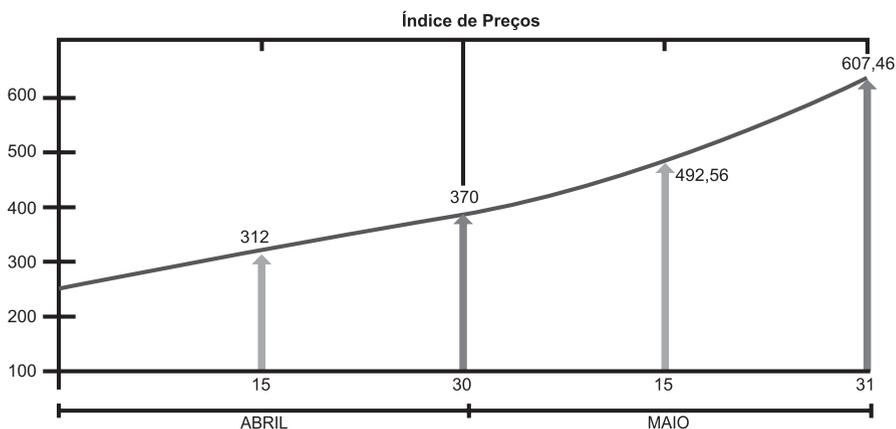
9/ STURZENEGGER, Luiz Carlos. A propósito da polêmica em torno do art. 38 da Lei 8.880/1994. In: *Revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXIII, out-dez/1994, vol. 96, p. 31.

dia do mês). A utilização dessa ponderação mediana resultará num índice de preços aproximadamente igual ao que seria encontrado, pontualmente, na metade do mês de referência, gerando um efeito dispersor – denominado erro de defasagem de média contra média –, correspondente a um atraso de quinze dias no processo de medição, fenômeno que mereceu o seguinte esclarecimento do advogado Luiz Carlos Sturzenegger:¹⁰

É importante notar que a defasagem se exacerba pelo fato de que a fórmula de medição de inflação comumente usada no Brasil é a que compara “os preços médios” dentro de um determinado período com os preços médios de um período anterior. É a chamada “média contra média”. No caso do IGP-M, por exemplo, que leva em conta o período compreendido entre o dia 21 do mês anterior e o dia 20 do mês seguinte, o “preço médio” estará teoricamente localizado no dia 5 de cada mês.

A par dessas primeiras considerações, propõe-se o manuseio das informações incluídas na tabela 1 (Anexo 1) para o fim de, por meio da análise de um modelo gráfico, identificar como se estabelecem as mencionadas distorções no indexador oficial, cumprindo destacar, em especial, o erro provocado pelo uso de preços médios como valor representativo da variação do índice de preços em um dado período. Confira-se, então, o diagrama a seguir:

Fig. 2 – Erro por metodologia de medição de “média contra média”.



10/ *Op. cit.*, p. 30.

No quadro anterior, em que se adota como pressuposto um estágio avançado de inércia inflacionária – já que os índices de preços crescem de forma constantemente ascendente –, pode-se observar, com toda clareza, o modo como a medição da taxa de inflação pela sistemática oficial (de média contra média)¹¹ conduz a um erro considerável no indexador de correção monetária. A par dos dados apresentados, se algum instituto brasileiro de pesquisas econômicas fosse calcular a taxa de inflação no precitado mês de maio, encontraria para o trintídio de referência (maio) um percentual de desvalorização monetária equivalente a 57,87%. De forma diversa, se a aferição se orientasse pelo método de ponta contra ponta – reputado como de maior precisão para períodos inerciais –, a solução idealmente alcançada apontaria para um valor bem diverso, 64,18%, fato que por si só já evidencia a ocorrência de um erro de medição da ordem de 6,31% em desfavor do credor, motivo bastante para desacreditar o indexador oficial como instrumento verossímil de equalização dos contratos. A propósito do tema, verifiquem-se, em detalhes, os cálculos que redundaram nos resultados *ut supra* indicados:

$$\text{Inflação Oficial} = \frac{\bar{I}_M(\text{maio})}{\bar{I}_M(\text{abril})} = \frac{492,56}{312,00} = 1,5787 \Rightarrow \text{Taxa Oficial} = 57,87\%$$

$$\text{Inflação Ideal} = \frac{I_P(\text{maio})}{I_P(\text{abril})} = \frac{607,46}{370,00} = 1,6418 \Rightarrow \text{Taxa Ideal} = 64,18\%$$

Outro fator que em períodos inflacionários inerciais desacredita substancialmente a taxa de inflação oficial como parâmetro de correção monetária é o erro provocado pela defasagem na divulgação,¹² fenômeno decorrente da imprescindibilidade de um certo lapso temporal para que os institutos de pesquisas econômicas, após o encerramento da coleta de preços, possam calcular o índice de inflação, criticá-lo e, só então, divulgá-lo. Essa deficiência metodológica sempre foi bastante ressaltada pela doutrina econômica, podendo ser precisamente com-

11/ Como a idéia, nesse exemplo, é mensurar a taxa de inflação do mês de maio, a utilização da metodologia média contra média apontará para uma comparação entre o valor do índice de preços médio do mês de maio (que é aproximadamente igual ao índice hipotético pontual no dia 15 de maio) e o valor do índice de preços médio do mês de abril (equivalente ao índice hipotético pontual no dia 15 de abril).

12/ SIMONSEN, Mário Henrique; LEMOS, Augusto Jefferson. O expurgo do resíduo inflacionário. In: **Cadernos de direito tributário e finanças públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, nº 8/94.

preendida por meio da leitura de esclarecedora passagem da obra “A Real História do Real”, da lavra da jornalista econômica Maria Clara R. M. do Prado:¹³

Os índices que apuram o comportamento dos preços captam as informações em lojas, supermercados, mercearias, feiras, durante o período de trinta dias corridos. Esse período pode ir do dia 1º ao dia 30 do mês, como é o caso do IGP-DI, o índice geral de preços – disponibilidade interna, da FGV do Rio. Pode também abranger o período do dia 21 de um mês ao dia 20 do mês seguinte, caso do IGP-M, um índice igual ao IGP-DI, só que com datas de coleta diferentes. Este é o índice usado nos contratos do mercado financeiro. Pode, ainda, abranger do dia 16 de um mês até o dia 15 do mês seguinte, como é o caso do IPCA apurado pelo IBGE e do IPC da Fipe, ligada à USP.

(...)

A maioria dos índices tem uma particularidade: os preços são coletados pelos pesquisadores *in loco*, ou seja, levantados junto ao comércio de acordo com a cesta de produtos relevante para o grupo de consumidores para o qual se quer medir a inflação.

(...)

Mas há outra peculiaridade importante. Ninguém consegue fazer a coleta de preços em campo, tabular os valores, tirar as médias, comparar com as médias do mês anterior, fazer a ponderação e divulgar o índice no mesmo dia.

Há, portanto, uma defasagem de tempo entre a coleta de dados, a apuração do índice e sua divulgação. Isso passa meio despercebido no dia-a-dia (...). Na prática, o processo de indexação está sempre atrasado em dez ou quinze dias. Um pedaço da inflação passada deixa de ser considerado para efeito de correção monetária dos contratos a cada data de incidência dos reajustes.

Um exemplo numérico, em princípio, deve facilitar a compreensão de como a defasagem na divulgação pode influenciar negativamente a medição da taxa de inflação em contextos de subida continuada de preços. Considere-se, como ponto de partida, uma situação em tudo similar àquela indicada na figura 2, sendo que, desta feita, o período de coleta será efetuado entre os dias 21 do mês anterior (abril) e 20 do mês em curso (maio). Para que o erro de medição do método

13/ PRADO, Maria Clara R. M. do. *A real história do real: uma radiografia da moeda que mudou o Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 198/199.

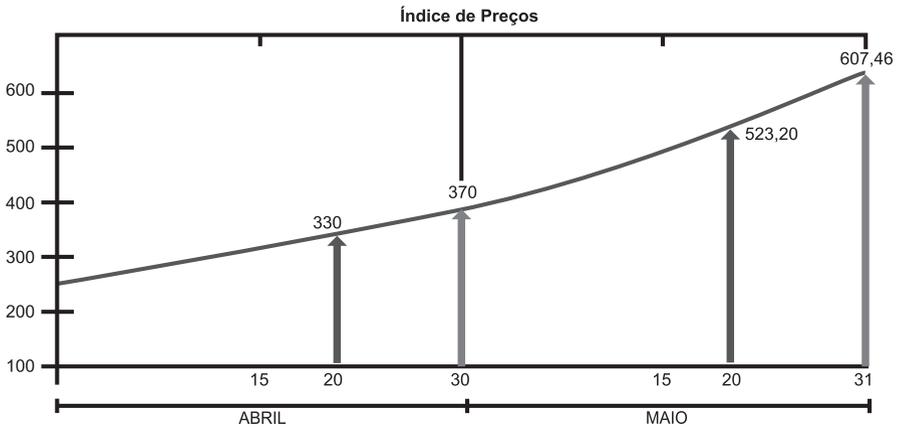
média contra média não influencie no estudo das imprecisões por defasagem na divulgação, comparar-se-ão, inicialmente, situações ideais de aferição ponto contra ponto, sistemática que, sem embargo de ser mais rigorosa, ainda assim indicará uma distorção no cálculo da taxa de inflação, que, no presente caso, será da ordem de aproximadamente 5,64%, quando medida, para o mês de maio, em relação ao valor teoricamente mais exato de 64,18%. Deveras, supondo factível mensurar os valores dos índices de preços para o último dia do período de coleta, poder-se-á encontrar, por mera relação matemática entre as duas grandezas, o montante da taxa de inflação para o período que medeia os dias 21 de abril a 20 de maio, que, na hipótese ora cogitada, resultará num indexador equivalente a 58,54%, bem diferente, portanto, do índice de correção monetária cientificamente mais preciso, aferido pelo cotejo dos índices de preço nos últimos dias dos meses de avaliação, que, como antes mencionado, totaliza, no exemplo ora referido, o montante igual a 64,18%. A propósito desses esclarecimentos, vale conferir as operações matemáticas que conduziram ao resultado aqui apresentado:

$$\text{Inflação defasada} = \frac{I_p(20 \text{ de maio})}{I_p(20 \text{ de abril})} = \frac{523,20}{330,00} = 1,5854 \Rightarrow \text{Taxa defasada} = 58,54\%$$

$$\text{Inflação Ideal} = \frac{I_p(\text{maio})}{I_p(\text{abril})} = \frac{607,46}{370,00} = 1,6418 \Rightarrow \text{Taxa Ideal} = 64,18\%$$

A diferença de 5,64% entre o valor teoricamente mais exato e o percentual da taxa de inflação oficial – desconsiderados os erros de medição pela utilização das médias dos índices de preço –, mostra que o simples fato de o resultado ser divulgado alguns dias após o termo final do interregno da coleta de preços já constitui motivo suficiente para infligir pesadas perdas ao credor, que mais se exacerbarão quando o vencimento da obrigação se protrair para datas posteriores ao dia 1º de junho, perdurando a defasagem por prazo ainda maior. O gráfico do fenômeno acima descrito, exposto logo a seguir na figura 3, demonstra como a defasagem na divulgação da taxa de inflação pode provocar erro intolerável na indexação dos contratos.

Fig. 3 – Erro por defasagem na divulgação do índice.

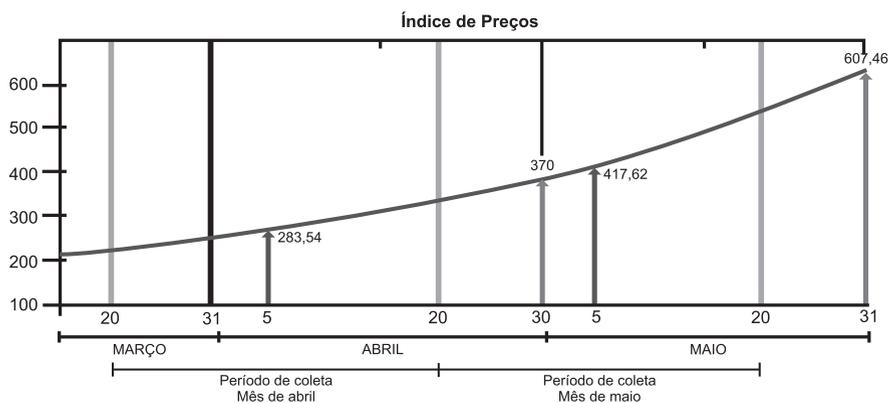


Destaque-se, como complemento, que as distorções provocadas pela medição da inflação são ainda mais graves. É que, conforme sinalizado no início desse tópico, as insuficiências metodológicas do procedimento *ut supra* descrito não ocorrem isoladamente, de modo que, em conjunto, acirraram ainda mais as imprecisões das taxas inflacionárias oficiais. Com efeito, se um índice é coletado entre os dias 21 do mês anterior (abril) e 20 do mês em curso (maio), apresentando, portanto, uma defasagem de dez dias na divulgação, e, demais disso, se o valor ponderado do indicador de preços é calculado pelo método de média contra média, fazendo acrescer, devido a esse fato, nova defasagem de quinze dias na sistemática de medição, o conseqüente dessas imperfeições técnicas é um descompasso na avaliação equivalente a um atraso de 25 dias, resultado que, a toda evidência, não pode ser considerado, sob qualquer critério científico, como uma margem de erro quantitativamente aceitável.

A conjugação do efeito das duas defasagens pode ser mais adequadamente compreendida por meio da análise de uma exemplificação numérica, nos moldes daquelas até então realizadas nesta fase do trabalho. Assim, na esteira do modelo teórico anteriormente apresentado, supõe-se uma situação em que a medição dos índices de preço seja feita pela técnica de média contra média e que, ademais, a coleta dos preços dos produtos da cesta de mercadorias seja feita entre os dias 21 do mês anterior (abril) e 20 do mês em curso (maio). Essas circunstâncias, diga-se de passagem, bastante consentâneas com a sistemática de

trabalho dos institutos de pesquisas econômicas, geram um resultado distorcido na medição da inflação, como se a medida houvesse sido efetuada com aproximadamente 25 dias de defasagem. Valendo-se dos mesmos dados da tabela 1, o efeito final dessas distorções provocará um erro de medição na taxa de inflação equivalente a 16,89%, que corresponderá, aproximadamente, à diferença entre o valor hipotético ideal de 64,18% e o percentual de desvalorização monetária decorrente de uma medição média contra média, relativa a um período de coleta que vai do dia 21 do mês de abril até o dia 20 do mês de maio.¹⁴ O resultado da inflação oficial nesse período será obtido por meio da divisão do índice médio de preços entre 21 de abril a 20 de maio (igual a 417,62) pelo índice médio de preços entre 21 de março a 20 de abril (no valor de 283,54), perfazendo um total de 1,4729, que, em termos percentuais, equivale a uma taxa de inflação de 47,29%, bastante aproximada, portanto, daquela outra no importe de 51,22%, obtida pela divisão dos valores 408,30 e 270,00, índices de preços pontuais medidos, respectivamente, nos dias 5 de maio e 5 de abril. Identifique-se, na última ponderação, o firme propósito de demonstrar que a metodologia de cálculo ora apresentada – que é a corriqueiramente adotada nas medições oficiais – causa perceptível defasagem de 25 dias no indexador oficial, tal como se pode depreender do mero exame do diagrama esquemático a seguir colacionado:

Fig. 4 – Erro de medição por conjugação dos fatores de defasagem na divulgação e da aplicação da técnica média contra média.



14/ Deve-se observar que a exata medição do erro de indexação pela incidência dos dois fatores de defasagens não pode resultar da mera adição das imprecisões apuradas isoladamente. Assim, não faz o menor sentido somar 6,31% a 5,64%, já que o montante de 11,95% não representará, ante a falta de linearidade no fenômeno, o efeito final das perdas inflacionárias.

As equações abaixo apresentadas demonstram como os valores das taxas de inflação oficial e ideal foram calculados:

$$\text{Inflação defasada} = \frac{I_M(20 \text{ de maio})}{I_M(20 \text{ de abril})} = \frac{417,62}{283,54} = 1,4729 \Rightarrow \text{Taxa defasada} = 47,29\%$$

$$\text{Inflação Ideal} = \frac{I_p(\text{maio})}{I_p(\text{abril})} = \frac{607,46}{370,00} = 1,6418 \Rightarrow \text{Taxa Ideal} = 64,18\%$$

De todo o exposto, não se firmam as seguintes conclusões: em ambientes inflacionários inerciais, o comportamento dos índices de preços, conquanto não explosivo, tende a ser permanentemente crescente. Em tais circunstâncias, a aferição da inflação pela técnica da média contra média, associada à necessidade de um prazo de pelo menos dez dias para divulgação – metodologias correntemente utilizadas pelos institutos de pesquisas oficiais –, gera um erro apreciável na medição do indexador oficial, de modo a impor prejuízos elevados a todos os credores de obrigações monetariamente corrigidas pelos índices legais. Fenômeno que, normalmente, não chega sequer a ser percebido por parcela expressiva da população ou, quando notado, não é apreciado em sua real dimensão.

4. O choque heterodoxo como alternativa política ao conflito distributivo pela renda

O processo inflacionário inercial não pode ser considerado subjetivamente neutro em seus aspectos prejudiciais, já que, quando instaurado, inaugura intrincados mecanismos de conflito pela renda, que produzirão, necessariamente, ganhadores e perdedores. Dentre os favorecidos, podem ser apontados o Estado administração, que se beneficia das rendas de senhoriagem e do imposto inflacionário, e também as instituições bancárias, que se apropriam do chamado *floating* financeiro, rendimento decorrente de sua favorável condição de captação por indexação oficial na maioria dos contratos financeiros (indexação

assimétrica).¹⁵ Quanto aos prejudicados, despontam os assalariados e, sobretudo, os pobres e desbancarizados. Estes, conquanto vivam à margem do sistema financeiro, não se beneficiam dos mecanismos de proteção do valor da moeda via correção monetária.

O longo convívio com o processo inflacionário faz a população ver que a inflação nada mais é do que um imposto disfarçado. Nesse contexto, é certo que haverá pressão incessante dos prejudicados para que o Estado implemente políticas de controle da elevação dos preços, medidas que serão aferidas pelos resultados das urnas, haja vista que os perdedores do conflito distributivo – a maioria dos eleitores – tenderão a votar em programas políticos efetivamente comprometidos com a debelação do processo inflacionário. À vista disso, nem mesmo certos benefícios do governo, decorrentes das receitas de senhoriagem e de imposto inflacionário, poderão impedir uma ação mais contundente do Estado regulador, voltada à contenção do processo de escalada permanente de preços.

A implantação de um choque heterodoxo surge como medida plenamente viável, do ponto de vista econômico, à efetiva estagnação da escalada de preços. A implementação do novel modelo econômico surge como consectário de uma modificação normativa bastante substancial no regime jurídico que, quando balizada por escorreita fundamentação econômica, destrói os fatores mantenedores e aceleradores inerciais da inflação, conduzindo os índices de preços, ao menos num primeiro momento, a terem comportamento comparável aos ocorrentes em processos inflacionários comuns. Portanto, o primeiro objetivo colimado por um programa de estabilização monetária é quebrar o ciclo vicioso inercial, medida imprescindível ao estancamento do processo de migração do excedente da renda nacional para o Estado e para o setor financeiro.

No ensejo da implantação de planos econômicos, as alterações legislativas, de tão inovadoras, criam verdadeiro hiato entre a realidade jurídica presente e a então existente – antes da implantação do choque heterodoxo. O conflito intertemporal de regras assim tão díspares reclama um minucioso equacionamento do período de transição, exigindo o esforço incomum de economistas e legis-

15/ Por conta desse aspecto peculiar da conjuntura econômica, as instituições financeiras, em ambiência de inflação inercial, são grandemente beneficiadas com o processo inflacionário, haja vista que as mesmas auferem grandes lucros em razão de serem remuneradas por juros exorbitantes na condição de credoras de operações no *over night* e, por outro lado, quando devedoras de contratos financeiros, serem obrigadas a pagar correção monetária por índices oficiais defasados. Como se vê, as instituições financeiras são beneficiadas pela sistemática de indexação assimétrica.

ladores no sentido de instituir uma disciplina transitória pautada pela máxima neutralidade possível.

Todavia, se um dos objetivos do programa de estabilização é estancar o fluxo de recursos para uma certa camada da sociedade (Estado e, principalmente, o setor financeiro), não há dúvida de que um dos consectários de um plano bem sucedido será, necessariamente, a diminuição das receitas dos antigos beneficiados. Destarte, é certo que, por essa perspectiva, não existe possibilidade lógica de um plano econômico efetivamente neutro em suas conseqüências – até porque, se assim não fosse, a adoção de um choque heterodoxo não faria qualquer sentido. É bom que se frise que a proposta de uma neutralidade capaz de balizar o regramento da transição inflacionária – de um patamar inercial para outro comum – não se destina à impossível pretensão de controlar os efeitos distributivos do programa de estabilização. Em verdade, quando se propugna por uma transição neutra, quer-se tratar de questão bem diversa: o plano econômico não pode estar focado na arrogante aspiração de tentar corrigir, no presente, injustiças comutativas e individuais perpetradas nas relações jurídicas de antanho. A idéia norteadora do novo regime jurídico monetário não é o ressarcimento dos prejuízos particulares de cada agente econômico afetado pela inércia inflacionária, sob pena de se criar uma diretriz causadora de novos focos de instabilidade no sistema normativo recém inaugurado. O que o plano econômico deve almejar é o estabelecimento de um novo equilíbrio distributivo, capaz de provocar uma divisão mais eqüitativa do excedente econômico.

5. O equacionamento do problema dos expurgos inflacionários

O *punctum dolens* da instauração de um choque heterodoxo é o adequado equacionamento dos prejuízos causados, em ambiente de inflação inercial, por erros de medição dos indexadores oficiais (item 3 deste artigo) – decorrentes da conjugação dos fatores de defasagem na divulgação e da adoção da técnica de aferição de média contra média. Essas imperfeições podem provocar perdas substanciais para os credores de obrigações corrigidas por índice prefixado, mormente se os contratantes não estipularem pagamento de juros mais elevados com o fito de compensar os efeitos das mencionadas defasagens.

Os “expurgos inflacionários”¹⁶ são, por assim dizer, “o calcanhar de Aquiles” da legislação de estabilização econômica, já que, para o plano econômico ser juridicamente bem sucedido do ponto de vista comutativo, faz-se necessário estabelecer regras de transição que resolvam um problema de difícil solução, qual seja: equacionar os prejuízos dos credores inerentes às imprecisões da medição oficial da inflação de antanho.

Com efeito, ao cuidar dos referidos expurgos, o legislador deve escolher entre dois caminhos não muito fáceis de trilhar. Como se demonstrará, a questão fundamental subjacente a esse problema é que, ao contrário do que pensam alguns advogados, as perdas contratuais dos credores de obrigações com vencimento a termo não decorrem, efetivamente, da entrada em vigor do plano econômico recém instaurado. Em verdade, são os erros de medição do indexador oficial, consectários da utilização da técnica de média contra média e da defasagem na divulgação, em ambiente de inflação inercial, que impõem prejuízos aos credores de obrigações corrigidas pelos índices legais, servindo o programa de estabilização econômica, tão-somente, para evidenciar a existência dessas incorreções do passado.¹⁷

Ressalte-se, a propósito, que os prejuízos reclamados com a instauração do plano econômico não eram indenizados (ou indenizáveis) durante o período inercial, notadamente porque os Poderes Executivo e Judiciário agiam como se o fenômeno não existisse. O Poder Judiciário, a seu turno, tinha bastante dificuldade de, no período inercial, deferir um pleito indenizatório – referente a perdas por erros de defasagens de medição com inflação ascendente –, não apenas em razão das inviabilidades técnicas de se medir a taxa de inflação real ou, por outro lado, de se calcular o *quantum* reparatório, mas sobretudo em face de haver incontestável impossibilidade jurídica de uma condenação por aplicação de disciplina legal que, conquanto causadora de danos aos particulares, não contrariasse direito do réu – a menos que se invocasse a existência de pretensa garantia, na legislação pátria, de uma correção monetária exata (real), mesmo que isso não se mostrasse tecnicamente factível.

16/ Deve-se compreender o “expurgo inflacionário” (*carry-over*) como a diferença entre o hipotético índice de inflação “verdadeiro” e o índice oficial medido. Como se vê, o expurgo surge como decorrência de um erro de medição da taxa de inflação legal, ao tempo da ocorrência do fenômeno inflacionário inercial.

17/ Essa argumentação somente será verdadeira se o programa de estabilização for bem sucedido no mister de trazer o fenômeno inflacionário para um contexto de inflação comum, hipótese em que os índices de preços passarão a ter valores aproximadamente estáveis.

À vista dessas premissas, há de ficar evidente que o comportamento ordinário do credor, em ambiência de inflação inercial, era suportar, resignadamente, os eventuais prejuízos inerentes às imprecisões na mensuração.

Com a entrada em vigor do novo estatuto econômico, a lide inflacionária inercial exsurgirá como conseqüência inevitável, e isso, tudo faz crer, independentemente da estratégia adotada para equacionar as perdas por distorções na indexação oficial, porque, como se verá, nenhuma das partes contratantes se conformará em ter de suportar os prejuízos causados pela inflação. A opção pelo pagamento do *carry-over* redundará no inconformismo dos devedores, já que se verão obrigados a pagar, em momento econômico diverso (com taxa de inflação reduzida), uma indenização referente a prejuízos ocorridos no passado – antes da vigência do programa de estabilização –, época em que, como visto, não se reconhecia aos credores o direito a uma correção monetária perfeita. Nessa perspectiva, é certo que os devedores compreenderão o fenômeno com um enriquecimento ilícito dos credores, já que não vislumbrarão motivos para pagar, no presente, prejuízos ocorridos e nunca reconhecidos no ordenamento jurídico de antanho.

Por outro lado, se a preferência do legislador perfilar a necessidade de desconsideração dos expurgos, a irresignação será então dos credores, que enxergarão no ato normativo uma manifesta violação do direito adquirido ao indexador pactuado. Essa idéia mais se fortalece porque o índice do contrato é afastado mediante a aplicação de nova regra legal de correção monetária oficial, a ser implementada pela adoção de um novo indexador, pela utilização de um mecanismo deflator ou pela criação de uma moeda indexada. O pagamento das dívidas contratuais, com espeque em quaisquer das fórmulas legislativas acima indicadas, será entendida, pelos credores, como descumprimento de cláusula contratual, notadamente porque aqueles que fazem jus ao pagamento se supõem acobertados, a teor do disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, pela garantia constitucional da inviolabilidade do direito adquirido ao fator de indexação contratado.

Registre-se, a propósito do tema, que a tônica dos planos econômicos brasileiros sempre foi a de desprezar, por completo, os problemas decorrentes do aparecimento do *carry-over*. A opção normativa pela exclusão dos resíduos inflacionários no adimplemento de contratos alcançados pelo novo sistema legal

funcionou como uma espécie de reconhecimento estatal, ao menos dos Poderes Executivo e Legislativo, de que os equívocos do passado deveriam ser propositalmente esquecidos, para que não se viesse a contaminar a nova realidade – de inflação controlada – com componentes inflacionários exógenos ao novel regime de preços.

6. A lide inflacionária no Direito Brasileiro

A solução judicial para um conflito dessa magnitude é tarefa inçada de complexidades, sobretudo porque a jurisprudência das mais altas Cortes do País ainda não se consolidou de forma definitiva sobre o tema, sobrando muito espaço para decisões contraditórias e mal fundamentadas.

Reconheça-se: um programa econômico de estabilização monetária tem como principal objetivo evitar a eclosão de um processo hiperinflacionário. Nessa circunstância, o Estado regulador só não implantará algum tipo de choque heterodoxo se o *staff* governamental optar pelo caos, pela anarquia ou pela ruína financeira de todos os setores da economia. Como se pode notar, o Estado age premido por imperativos de ordem econômica, adotando medidas político-normativas que assegurarão os direitos de toda sociedade, considerada coletivamente, ainda que, por outro lado, essas regras imponham algum tipo de perda aos indivíduos, em particular. A desconsideração dos expurgos inflacionários está no cerne dessa discussão. O Estado regulador desconsidera os prejuízos provocados por resíduos estatísticos, para que as expectativas inflacionárias do passado não afetem o sucesso do programa de estabilização inaugurado. Aceita-se, por esse prisma econômico, que certos particulares sejam de algum modo prejudicados, para que o desmantelamento da inércia inflacionária beneficie toda a coletividade.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, entretanto, não oferece soluções logicamente aceitáveis para o problema ora focado. As insuficiências das fundamentações judiciais mais se evidenciam quando se examinam as questões postas em debate tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal. Não que se esteja a esperar que um sem número de seções judiciárias, todas elas submetidas ao duplo grau de jurisdição, apontem uma única e pacífica solução para um conflito tão complexo. Isso não faria sentido.

Contudo, não há razões capazes de justificar a produção pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, Cortes com inequívoco viés uniformizador, de intelecções jurisprudenciais tão contraditórias atinentes ao assunto, sobretudo porque, nesse caso, passa-se a impressão para a sociedade de que esses consensos pretorianos foram firmados por obra de mero casuísmo ou por pura incompreensão do fenômeno examinado, hipóteses em que se macula a aura democrática que paira sobre o Poder Judiciário, desacreditando-o como instituição capaz de resolver com eficiência e imparcialidade os litígios retributivos e distributivos instalados no seio da sociedade.

Um exemplo marcante dessa contradição jurisprudencial desponta da análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça. De um lado, ao cuidar do chamado Plano Collor II (programa de estabilização aplicado em fevereiro de 1991), a Segunda Seção daquela Corte, desconsiderando o fenômeno do *carry-over*, pacificou o entendimento de que seria escorregia a aplicação do fator de deflação da Lei nº 8.177, de 1991, aos contratos bancários com indexador oficial (RDBs e CDBs), firmados antes da edição do citado diploma normativo, quando o vencimento das obrigações fossem posteriores ao choque heterodoxo.¹⁸

De outro lado, sem apoio em qualquer dispositivo legal, a Corte Superior do direito infraconstitucional consagrou a intelecção de ser plenamente viável a inclusão dos expurgos inflacionários nas ações de execução, ainda que essas diferenças não tivessem sido estabelecidas na sentença exequenda, fazendo antever, por essa perspectiva, que o devedor estaria obrigado a pagar prejuízos por imprecisões no cálculo do indexador oficial, ocorridos no período pré-plano econômico, ainda que a matéria sequer houvesse sido debatida na ação de conhecimento.¹⁹

A lógica econômica que norteia a aplicação do fator de deflação está assentada em dois pressupostos basilares: de um lado, presume-se, para contratos anteriores ao plano econômico sem cláusula de correção monetária,²⁰ que os contratantes embutiram no *quantum debeatur* uma taxa esperada de inflação aproximadamente igual ao valor médio verificado antes da entrada em vigor do choque heterodoxo; por outro lado, supõe-se, outrossim, que o programa de estabilização monetária conduzirá a taxa de inflação para valores próximos

18/ Nesse sentido, confira-se o REsp 82.574-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 20 de maio de 2006.

19/ REsp 383.796/DF, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22 de março de 2006.

20/ Trata-se de um tipo de contrato em que o valor de pagamento se encontra prefixado.

de zero. Da conjugação dessas duas premissas, conclui-se que a debelação da inflação só não causará vasta transferência patrimonial dos devedores para os credores de obrigações prefixadas em moeda corrente se o novo estatuto legal não estabelecer um fator de deflação,²¹ a incidir sobre valores nominais futuros, em percentual que reduza o montante da expectativa inflacionária acumulada. A propósito do tema, observe-se que explícita ou implicitamente também os contratos corrigidos por índice de inflação oficial, concertados antes da vigência do plano econômico estabilizador, foram expurgados por meio da aplicação de deflatores, tal como precisamente esclarecido na seguinte transcrição da obra do advogado Arnold Wald:²²

As medidas deflacionárias são ostensivas quando a lei manda corrigir débitos ou índices por um deflator determinado, como ocorreu no caso das tablitais. São tácitas quando em vez de aplicar um deflator, o legislador prefere reduzir o índice de correção monetária e muda, para tanto, o indexador ou deixa de computar a inflação com referência a certo período, como aconteceu nos casos dos nossos vários Planos Econômicos.

Para os economistas,²³ a imprescindibilidade de aplicação dos fatores de deflação apóia-se no princípio de que a instauração do programa de estabilização deve atender a lógica da neutralidade distributiva, impedindo que a queda inesperada da taxa de inflação provoque transferências reais de riquezas dos devedores para os credores, de modo a instaurar novos conflitos redistributivos.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão da aplicabilidade do índice deflator foi analisada, como era de se esperar, por vertente bem diversa da perspectiva econômica: os julgados, majoritariamente, restringiram-se a enfrentar o problema pelo prisma do ato jurídico perfeito, ocasião em que se invocou a teoria da imprevisão para afastar a incidência da mencionada cláusula constitucional. Os eventuais prejuízos decorrentes das imprecisões dos indexadores oficiais – em ambiência de inflação inercial – não foram objeto de debate: a uma, porque a matéria não embasou as postulações dos demandantes; e, mais

21/ WALD, Arnold. **O novo direito monetário: os planos econômicos, os contratos, o FGTS e a Justiça**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 61.

22/ *Op. cit.*, p. 63.

23/ MODENESI, André de Melo. **Regimes monetários: teoria e a experiência do real**. Barueri: Manole, 2005.

importante, a duas, porque o STJ partiu da pressuposição, nem sempre exata, de que os contratos, anteriormente à vigência do choque heterodoxo, estavam plenamente equilibrados sob o prisma financeiro. Diante desse quadro, a Corte Superior considerou a edição do plano de estabilização como fato superveniente à celebração do contrato, qualificando-o como evento imprevisível e de extrema gravidade, capaz de alterar a base objetiva sobre a qual as partes avençaram, que, se existente ao tempo da pactuação, determinaria a estipulação contratual em outros termos. Assim, modificada a programação legal com o choque heterodoxo e pressuposto o desaparecimento das previsões inflacionárias, nada mais lógico do que aplicar o índice deflator para extrair a expectativa de inflação futura do valor final das prestações avençadas.²⁴

Todavia, se a análise desse mesmo tema – compensação de prejuízos causados por aplicação de indexador oficial tecnicamente impreciso – partisse das intelecções daquela Corte Superior sobre a inclusão de *carry-over* em títulos judiciais pendentes de regra de correção, chegar-se-ia em percepção totalmente diversa. Ou seja, se o parâmetro de estudo da lide inflacionária inercial fosse as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre pagamento de expurgos em ações de execução, a conclusão apontaria para a obrigatoriedade de ressarcimento de perdas do passado inflacionário, pouco importando, para o cumprimento dessa medida, o contexto empírico-normativo sobre o qual se assentava a dívida objeto de adimplemento.

Elucide-se, com maior exatidão, essa última idéia. Para esse desiderato, suponha-se a prolação de uma decisão judicial, em ação de conhecimento, que condene o réu ao pagamento de uma dívida de dinheiro, a ser apurada em fase de liquidação, sem especificar quais índices de correção monetária deveriam incidir sobre o valor do principal. Demais disso, imagine-se que o *meritum causae* da demanda cognitiva fosse a cobrança de parcelas inadimplidas de um contrato atualizado pela aplicação de indexador oficial. Por fim, considere-se, em complemento, que a mencionada convenção fosse atingida pela entrada em vigor de um plano de estabilização econômica, ocasião em que se determinou a aplicação de fator de deflação para solucionar os problemas atinentes à eclosão da lide inflacionária inercial.

24/ Nesse sentido, confira-se o REsp 82.574-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 20 de maio de 2006.

Em tais circunstâncias, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se para permitir a inclusão dos expurgos inflacionários na fase de liquidação do título judicial, desde que a sentença exequenda tivesse deixado de estabelecer regra específica de correção monetária a incidir sobre a espécie. Nesse sentido, confira-se a precedente inteligência das razões do voto do Recurso Especial nº 383.796/DF, da lavra do Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22 de março de 2006, p. 154.

A contradição não poderia ser mais patente. Observe-se que, por pressuposto, não se travou, na ação de conhecimento, qualquer discussão sobre o índice de correção a ser aplicado no título judicial. As alegações do autor circunscreveram-se, tão-somente, a postular por um provimento jurisdicional que declarasse a existência de parcelas inadimplidas em um certo contrato, para que, ao final, o réu fosse condenado a pagá-las. A inclusão do *carry-over* na dívida exequenda vem, no presente caso, como consectário de uma visão do judiciário – particular a esse tipo de discussão – de que somente a inserção dos expurgos inflacionários nos índices legais tem o condão de reparar prejuízos incidentes no período inercial. Em outras palavras, o indexador “verdadeiro” (exato) tem de contemplar os erros técnicos de medição.

Por esse outro viés, o Poder Judiciário sinalizaria para a sociedade, de forma involuntária e incoerente, que prejuízos por erros de medição, não reconhecidos ao tempo da inflação inercial, devem ser computados na indexação de contratos alcançados por novel estrutura (ou conjuntura) de inflação comum, independentemente dos efeitos redistributivos que a medida possa causar.

7. Conclusão

Posta toda essa ordem de idéias, percebe-se que dois problemas de cunho jurisdicional, atinentes ao tema da equalização dos expurgos inflacionários, dimanam do cotejo das teses jurisprudenciais analisadas, causando perplexidades de desmesurada envergadura: 1) a falta de coerência das teses jurídicas do Superior Tribunal de Justiça; e 2) a ausência de enfrentamento direto da questão de fundo da lide inflacionária inercial – dizer se os prejuízos inerentes à medição imperfeita da taxa de inflação em ambiente de inércia inflacionária são indenizáveis ou

não. No escólio do primeiro dos problemas, percebe-se, a toda evidência, que, conquanto o Superior Tribunal de Justiça seja uma Corte pacificadora da interpretação da legislação federal, nem por isso consegue produzir uma justificação exegética com amplitude bastante para equacionar, ou pelo menos orientar, o comportamento do jurisdicionado na solução de lides inflacionárias inerciais. A sensação de contradição jurisprudencial – decorrente da ausência de conformação de molduras fático-normativas específicas às peculiaridades de cada caso concreto, de modo a justificar a prolação de decisões judiciais diferenciadas –, aliada à adoção de teses jurídicas flagrantemente contrapostas à literalidade das disposições da lei – sem que, para tanto, o STJ tenha negado vigência ao comando legal afastado, ainda que por supô-lo inconstitucional²⁵ –, leva a um tipo de provimento jurisprudencial não apenas excessivamente debilitado em seu poder de convencimento, como também manifestamente imprestável ao propósito de pacificar os conflitos sociais.

Todavia, o que há de mais grave nesse tipo de conflito, e esse é o segundo aspecto a ser abordado, é a inquietante sensação de que as Cortes de Justiça não compreendem, com exatidão, o verdadeiro litígio que subjaz ao pedido de pagamento de expurgos inflacionários. Deveras, basta o ordinário exame dos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal para perceber que em nenhum dos acórdãos das precitadas Cortes há discussão efetiva sobre a verdadeira causa da contenda: determinar se são ou não indenizáveis, após a entrada em vigor do choque heterodoxo, os prejuízos relativos ao período de inflação inercial, decorrentes da medição imperfeita de indexadores legais. No mais das vezes, a verdadeira *quaestio iuris* é afastada pela proposição de certas premissas que, uma vez aceitas, deslocam a argumentação jurídica para a solução de outro conflito: um falso problema. Um exemplo dessa estratégia de julgamento pode ser encontrado na discussão sobre a legalidade da incidência de índices deflatores.²⁶ Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça, ao assumir

25/ Recorde-se, por oportuno, que, consoante assentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, questões que requeiram a interpretação de preceito constitucional não comportam análise na via do recurso especial. À vista dessa orientação jurisprudencial, não é incomum, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a realização de interpretações sobremodo forçadas ou a omissão proposital quanto à exegese de certos comandos legais, como meios inequívocos de o Tribunal fugir da análise constitucional.

26/ Sobre esse tema, examine-se o REsp 82.574-SP.

que, na fase de inércia inflacionária,²⁷ os contratos eram financeiramente equilibrados, fugiu da discussão sobre os prejuízos causados no passado – pela medição imperfeita dos indexadores oficiais – e passou a debater um falso problema: se o fator de deflação desequilibraria um contrato perfeito, causando perdas no futuro – após a entrada em vigor do plano de estabilização monetária.²⁸

Esse tipo de abordagem jurídica, fruto da tentativa do julgador de contornar deliberadamente a abordagem econômica do litígio, pode servir de prenúncio de um acentuado despreparo técnico dos órgãos jurisdicionais para cuidar desse tipo de demanda, fato que por si só já prognostica o acirramento do inconformismo quanto ao teor das decisões prolatadas. No limite da irresignação, acaso as fundamentações jurídicas alcancem patamares insuportáveis de irracionalidade, o jurisdicionado passa a desacreditar do exercício da atividade jurisdicional como meio idôneo à pacificação de conflitos econômicos e tende a visualizar as referidas lides inflacionárias como uma espécie de atividade especulativa, em que se ganha ou se perde, a depender das premissas jurídicas adotadas, ainda que equivocadas.

De qualquer modo, conquanto a discussão sobre problemas econômicos distributivos, tal como é o caso dos expurgos, esteja sobremodo limitada, hodiernamente, pelas amarras formalistas do processo judicial, supõe-se que essa nova forma de argumentação jurídica não tardará a ser incluída no discurso jurisdicional brasileiro, para que a jurisdição seja prestada com esteio no princípio de integridade,²⁹ em que o ato decisório judicial almeja ser mais consentâneo com aquelas diretrizes que se mostrem particularmente fundamentais à preservação do sistema jurídico como um todo.

À vista disso, a atuação do Poder Judiciário não deve estar pautada pela mera reedição de decisões desprovidas de fundamentação jurídica consistente – tais como as prolatadas, para esse tipo de conflito, com esboço em discussão sobre a intangibilidade do ato jurídico perfeito ou do direito adquirido –, mas sim voltadas à elaboração de novel justificação que convença o jurisdicionado de que

27/ A premissa de que, antes da vigência do plano econômico, os contratos eram financeiramente equilibrados, percebe-se, está longe de ser verdadeira. Como visto, no período de inflação inercial, os erros de medição dos indexadores legais (decorrentes da aferição imperfeita da inflação), podiam causar sérios prejuízos aos credores, desde que estes não houvessem contratado taxas de juros adequadas para compensar as distorções do indexador. Nesse contexto, vários contratos foram concertados causando ganho excessivo para o devedor, fato que desmente a premissa do julgado.

28/ Estratégia similar foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 141.190.

29/ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 263/264.

a solução adotada foi justa e adequada, porquanto consistente com os princípios fundamentais (constitucionais) que melhor expressam um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.

Nesse sentido, registre-se que existem alternativas inovadoras voltadas a solucionar conflitos desse jaez. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes propugna pela aplicação do princípio da proporcionalidade como mecanismo propício para deslindar lides distributivas. O uso desse instrumento constitucional exige, num primeiro plano, que sejam verificados os atributos de necessidade e de adequação da providência legislativa. Todavia, a solução definitiva do conflito somente pode ser encontrada pela análise da proporcionalidade propriamente dita, hipótese em que o julgador pondera rigorosamente se houve efetivo equilíbrio entre o significado da intervenção estatal para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

A utilização dos cânones da Justiça distributiva também se mostra especialmente indicada para resolver conflitos que envolvem a repartição de um bem coletivo (comum), sendo que, nas lides inflacionárias, se pode reputar comum, num certo sentido, o crescimento da renda nacional. Os partidários desse tipo de inteligência advogam que os esquemas tradicionais de justiça retributiva, em que o Poder Judiciário brasileiro restou confinado, não conseguem pensar distributivamente a disciplina jurídica da debelação do processo inflacionário e de sua regulação pública. Assim, a míngua de um pensamento distributivo compatível com as questões postas em debate é que as decisões judiciais não logram oferecer uma solução convincente aos jurisdicionados.

Por fim, há também aqueles que propugnam pela adoção de uma concepção *welfarista* como meio de solucionar conflitos decorrentes da implementação de políticas públicas, tal como se daria, imagina-se, com a instauração de um programa de estabilização econômica. Por essa perspectiva, aduz-se que o bem-estar dos indivíduos deve ser o teste final de justiça ou injustiça de qualquer conjunto de medidas políticas adotadas por meio de normas jurídicas. Destarte, políticas que piorem o nível de bem-estar dos envolvidos são vistas como eticamente inferiores. Para os defensores dessa corrente,³⁰ a lógica conseqüencialista é que deveria nortear a atuação dos magistrados quando do julgamento de li-

30/ GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 45.

tígios referentes à normalização de políticas públicas, restringindo-se à lógica deontológica, quando muito, a balizar decisões de conflitos de teor retributivo.

A par de tudo quanto foi exposto, supõe-se que uma investigação mais detalhada das correntes de pensamento acima enunciadas possa formalizar novos paradigmas de direito econômico, aptos a oferecer argumentação jurídica consistente na solução de litígios por desconsideração de resíduos inflacionários. Os estudiosos do direito não devem ser refratários, em princípio, à idéia de que decisões judiciais podem funcionar como instrumentos de implementação de políticas públicas, notadamente naquele limite de atuação jurisdicional em que o Poder Judiciário é convocado a perscrutar se houve excesso ou abuso na atividade legislativa.

Referências

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 263/264.

GALBRAITH, John Kenneth. **Moeda: de onde veio, para onde foi**. São Paulo: Pioneira, 1997.

GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2006.

LOPES, João do Carmo; ROSSETI, José Paschoal. **Economia monetária**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A aceleração da inflação inercial. *In*: REGO, José Márcio (org.). **Aceleração recente da inflação**. São Paulo: Editora Bional, 1989.

_____. A teoria da inflação inercial reexaminada. *Em*: REGO, José Márcio (org.). **Aceleração recente da inflação**. São Paulo: Editora Bional, 1989.

PRADO, Maria Clara R. M. do. **A real história do real: uma radiografia da moeda que mudou o Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SICSÚ, João. Para repensar a ciência econômica, para repensar e economia brasileira. *In: MODENESI, André de Melo. Regimes Monetários: Teoria e a Experiência do Real.* Barueri: Manole, 2005.

SIMONSEN, Mário Henrique; LEMOS, Augusto Jefferson. O expurgo do resíduo inflacionário. *In: Cadernos de direito tributário e finanças públicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n° 8/94.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. A propósito da polêmica em torno do art. 38 da Lei 8.880/1994. *In: Revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXIII, out-dez/1994, vol. 96.

WALD, Arnold. **O novo direito monetário: os planos econômicos, os contratos, o FGTS e a Justiça.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

(Segue Anexo 1)

Anexo 1

Tabela 1 – Índices de preços fictícios para medição de taxas de inflação – simulação de um período de inflação inercial (*)

Dia/Mês	Índice de Preços	Dia/Mês	Índice de Preços	Dia/Mês	Índice de Preços
28/fevereiro	213,68	31/março	252,74	1/maio	377,66
1/março	214,94	1/abril	254,00	2/maio	385,32
2/março	216,20	2/abril	258,00	3/maio	392,98
3/março	217,46	3/abril	262,00	4/maio	400,64
4/março	218,72	4/abril	266,00	5/maio	408,30
5/março	219,98	5/abril	270,00	6/maio	415,96
6/março	221,24	6/abril	274,00	7/maio	423,62
7/março	222,50	7/abril	278,00	8/maio	431,28
8/março	223,76	8/abril	282,00	9/maio	438,94
9/março	225,02	9/abril	286,00	10/maio	446,60
10/março	226,28	10/abril	290,00	11/maio	454,26
11/março	227,54	11/abril	294,00	12/maio	461,92
12/março	228,80	12/abril	298,00	13/maio	469,58
13/março	230,06	13/abril	302,00	14/maio	477,24
14/março	231,32	14/abril	306,00	15/maio	484,90
15/março	232,58	15/abril	310,00	16/maio	492,56
16/março	233,84	16/abril	314,00	17/maio	500,22
17/março	235,10	17/abril	318,00	18/maio	507,88
18/março	236,36	18/abril	322,00	19/maio	515,54
19/março	237,62	19/abril	326,00	20/maio	523,20
20/março	238,88	20/abril	330,00	21/maio	530,86
21/março	240,14	21/abril	334,00	22/maio	538,52
22/março	241,40	22/abril	338,00	23/maio	546,18
23/março	242,66	23/abril	342,00	24/maio	553,84
24/março	243,93	24/abril	346,00	25/maio	561,50
25/março	245,18	25/abril	350,00	26/maio	569,16
26/março	246,44	26/abril	354,00	27/maio	576,82
27/março	247,70	27/abril	358,00	28/maio	584,48
28/março	248,96	28/abril	362,00	29/maio	592,14
29/março	250,22	29/abril	366,00	30/maio	599,80
30/março	251,48	30/abril	370,00	31/maio	607,46

(*) Os dados acima tabulados, apenas para efeitos didáticos, mesmo fictícios, foram escolhidos para manter relação fidedigna com a realidade modelada, razão por que evoluem num crescimento não linear, tendente a um comportamento similar ao de uma função exponencial,¹ guardando estreita similitude com o

1/ Para Simonsen e Jefferson Lemos, conquanto o modelo exponencial seja uma hipótese simplificadora do processo inflacionário inercial, não se pode deixar de considerá-lo para o fim de se obter adequada aproximação do fenômeno observado. Para mais detalhes, confira-se SIMONSEN, Mário Henrique e LEMOS, Augusto Jefferson. O expurgo do resíduo inflacionário. In: *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, nº 8/94.

histórico de inflações inerciais já vivenciadas no Brasil. Esclareça, a propósito, que a tabela foi idealizada como se um pesquisador coletasse e calculasse, em todos os dias de um certo período, os índices de preços pontuais de uma economia com elevadas taxas de inflação. Se a metodologia, em termos práticos, não se entremostra plenamente factível, é certo que, para o presente artigo, serve para a finalidade de demonstrar a inadequação matemática dos resultados obtidos com a medição.

Poder de Regulação do Banco Central do Brasil: Conflito de Interesses e Normas de Conduta

Nilvanete Ferreira da Costa*

1. Introdução.
2. As recomendações da OCDE para o tratamento do conflito de interesses.
3. Conflito de interesses e corrupção.
4. O poder de regulação.
5. O Banco Central do Brasil como órgão regulador do Sistema Financeiro Nacional.
6. A experiência de outros bancos centrais.
7. As normas aplicáveis aos servidores do Banco Central do Brasil.
8. Algumas proposições para o aperfeiçoamento de políticas e de normas de conduta no Banco Central do Brasil.

1. Introdução

As duas últimas décadas vêm assistindo a uma crescente preocupação com questões éticas, tanto no setor público como no setor privado. O movimento é global e integra o processo de avanço e consolidação das democracias. Governos e agentes públicos são pressionados no sentido de buscarem uma atuação pautada cada vez mais por valores como ética, imparcialidade, legalidade e integridade, e um processo de tomada de decisão que prime pela transparência. É o controle social, cada vez mais reclamado nas sociedades democráticas.

O fenômeno é mundial e ecoa nos organismos internacionais, a exemplo da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, cujos países-membros, em sua maioria, têm estabelecido códigos formais de padrões de comportamento a serem observados pelos agentes públicos. Tal preocupação com

* Analista do Banco Central, especialista em Direito Econômico da Regulação Financeira pela UnB e em Administração de Recursos Humanos pela EBAP/FGV.

a ética, conforme lembra Antônio Sergio Seco Ferreira¹, está associada ao reconhecimento dos efeitos deletérios que a corrupção acarreta sobre o sistema econômico, a governança pública e a legitimidade das instituições do Estado, pondo em risco a própria democracia.

É cada vez mais necessário que a ética seja trazida para o balcão dos problemas cotidianos. Não basta, portanto, que os valores estejam expressos em cartas, códigos e leis, porque, citando Göran Bexell², todos esses valores éticos em seu nível retórico mais alto são esquecidos ou muito abstratos para serem aplicados às trivialidades. E é nas trivialidades cotidianas que as grandes dimensões da ética são reveladas e devem ser aplicadas: particularmente no trabalho diário e em todas as relações profissionais e privadas.

A condição de regulador/supervisor do mercado financeiro, assumida por diversos bancos centrais – entre os quais o brasileiro –, acentua a importância de instrumentos de governança que reforcem a ética e os padrões de conduta como balizadores da atuação dessas instituições responsáveis pela condução de processos vitais para o funcionamento das economias nacionais. De fato, é impossível calcular o efeito nocivo sobre a economia gerado pela perda de credibilidade pública do banco central, o que reforça a necessidade de uma governança forte, com mecanismos de responsabilização (*accountability*), transparência e uma política específica voltada para o tratamento de conflitos de interesses.

Nesse contexto, é necessário que o Banco Central do Brasil – BCB torne cada vez mais explícito para o cidadão que o seu processo de tomada de decisão se dá com absoluta autonomia e transparência. Transparência, aliás, necessária a fazer desvanecer a imagem de “caixa preta” – como se referia ao Banco um ex-presidente da República.

O conflito de interesses é tema de grande relevância quando se fala em ética e em moralidade. Segundo Srouf, “a questão-chave dos problemas da moralidade repousa no conflito de interesses”. Logo, “falar de moral é falar de conflito de interesses”³. Na Administração Pública, em particular nas áreas de regulação da atividade

1/ FERREIRA, Antonio Sergio Seco. Um modelo para avaliação de susceptibilidades de entidades públicas a desvios éticos. *In: Desvios éticos: risco institucional*. Comissão de Ética Pública. Brasília: Esaf, 2002, p. 25-62.

2/ BEXELL, Göran. Managing ethical issues: university ethics and human resources. *In: Trends in the management of human resources in higher education*. Sede da OCDE, Paris, 25 e 26 ago. 2005. Disponível em: < <http://www.oecd.org/dataoecd/17/32/35378038.pdf> >. Acesso em 29 abr. 2006.

3/ SROUR, Robert Henry. *Ética empresarial: a gestão da reputação*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier/Campos, 2003, p. 37 e 40.

econômica, o tratamento adequado de conflitos de interesses é matéria diretamente relacionada à integridade das instituições – como reconhecido pelas instituições nacionais e internacionais – e um dos instrumentos que podem permitir melhor controle social.

Mas o que é, afinal, conflito de interesses? Na perspectiva da Administração Pública, é a situação em que se apresentam contrapostos interesses públicos e privados, a qual demanda do agente público envolvido na decisão uma ação que faça prevalecer o interesse público. Interessa especialmente o conceito adotado pela OCDE, para quem o conflito de interesses **compreende o conflito existente entre o dever público e os interesses privados, em que o funcionário público possui interesses privados que podem influenciar de forma imprópria o desempenho de suas obrigações e responsabilidades**⁴.

2. As recomendações da OCDE para o tratamento do conflito de interesses

A OCDE estabeleceu algumas diretrizes e padrões de governança corporativa⁵ para ajudar os governos nos seus esforços de implantar um sistema legal, institucional e regulatório de governança corporativa e de prover orientações e sugestões para bolsas de valores, investidores, empresas e outras partes interessadas no desenvolvimento de uma boa governança.

Malcolm D. Knight, gerente-geral do *Bank for International Settlements* – BIS, lembra que falhas na governança corporativa estão na raiz de recentes escândalos de administração fraudulenta nas economias mais avançadas do mundo. Governança mal feita e sem reforço de padrões éticos de conduta, segundo ele, enfraquece o sistema econômico de um modo geral.⁶

4/ *In: Recommendation of the council on guidelines for managing conflict of interest in the public service.* Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/13/22/2957360.pdf>>. Acesso em 15 maio 2006.

5/ *OECD Principles of Corporate Governance.* Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>>. Acesso em 5 maio 2006.

6/ KNIGHT, Malcolm D. Lessons from international corporate governance standards: the ethical perspective in corporate governance. *In: 2nd Islamic Financial Services Board Summit.* Doha, Qatar, em 24 maio 2005. Disponível em: <<http://www.bis.org/dcms/fd.jsp?p=1&uri=/speeches/sp050524.htm>>. Acesso em 15 maio 2006.

Em documento de junho de 2003⁷, a OCDE traça uma série de recomendações e diretrizes relacionadas ao tratamento de conflitos de interesses no setor público. Um dos objetivos ali estabelecidos é estimular o desenvolvimento de uma política específica que fomente a confiança pública na integridade das instituições e dos agentes públicos e que promova uma cultura em que as situações de conflitos de interesses sejam apropriadamente identificadas e resolvidas, com transparência e tempestividade, sem inibição da efetividade e da eficiência esperadas das organizações.

O documento alerta para o potencial que os conflitos de interesses mal administrados ou não resolvidos adequadamente têm de minar o funcionamento de governos democráticos, seja pelo enfraquecimento da aderência dos agentes públicos a ideais de legitimidade, imparcialidade e clareza das decisões públicas, seja pela distorção da lei, do desenvolvimento e da aplicação de políticas, do funcionamento de mercados e da alocação dos recursos públicos.

Aspecto relevante a considerar é que, embora o conflito de interesses não gere necessariamente corrupção, há um crescente reconhecimento de que o tratamento inadequado de situações que envolvam conflitos pode, sim, resultar em corrupção. O grande desafio para as organizações é criar uma política que equilibre a identificação e o tratamento de riscos para a sua integridade e para a integridade dos agentes públicos sem, contudo, limitar indevidamente o exercício de direitos. Isso porque os agentes públicos têm interesses legítimos que decorrem de sua condição de cidadão, em razão do que nem todos os conflitos de interesses podem simplesmente ser evitados ou proibidos. Cabe a cada um – organização e agentes – assumir a responsabilidade pela identificação e administração dos conflitos.

A OCDE recomenda seja dada especial atenção aos grupos que trabalham em áreas de maior risco ao conflito de interesses, entre as quais se inserem as **funções de regulação e de fiscalização**. Para esses grupos, assumem grande relevância, entre outras, questões relacionadas ao exercício de atividades paralelas; ao acesso a informações privilegiadas; ao preparo, negociação, administração ou execução de contratos; às indicações externas (administração ou controle de entidades estatais ou de estabelecimentos comerciais que estejam envolvidos em

7/ Recommendation of the council on guidelines for managing conflict of interest in the public service. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/13/22/2957360.pdf>>. Acesso em 15 maio 2006.

acordo contratual, regulatório, de parceria ou de patrocínio com a organização, por exemplo); e às atividades pós-serviço público, em que haja potencial risco de conflito de interesses.

Entre as medidas preventivas para lidar com conflitos de interesses emergentes, a OCDE recomenda: a criação de regras de impedimento; a antecipação de situações de potencial conflito de interesses, quando da indicação/nomeação de representantes do setor privado para compor diretorias, corpos consultivos ou o exercício de outras funções; e o estabelecimento de salvaguardas para evitar que informações confidenciais, autoridade ou influência obtidas com a participação nas atividades de órgãos públicos sejam usadas para obtenção de vantagem indevida.

3. Conflito de interesses e corrupção

Como reconhecido pela OCDE, há forte relação entre conflito de interesses e corrupção – em verdade, o ato de corrupção decorre de conflito de interesses real não tratado adequadamente.

Nesse sentido, a “Convenção Interamericana contra a Corrupção”, da qual o Brasil é signatário, prevê a adoção de medidas preventivas destinadas a criar, manter e fortalecer normas voltadas para a prevenção de conflitos de interesses, bem como de medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem às autoridades competentes os atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento.

A relação entre conflitos de interesses e corrupção é destacada também por Manuel Villoria, especialista da União Européia, para quem a administração adequada de conflitos de interesses constitui medida preventiva a ser utilizada pelos governos na luta contra a corrupção.⁸

Villoria aponta, entre as diversas medidas adotadas por países da União Européia para a prevenção e a sanção de conflitos de interesses, a criação de restrições ao exercício de atividades paralelas ao emprego público; a segurança e o controle do acesso a informações privilegiadas; e, ainda, restrições e controle de atividades privadas pós-serviço público. Com relação a essa última medi-

8/ VILLORIA, Manuel. **Conflitos de interesses: a experiência da União Européia**. Palestra promovida pela Comissão de Ética Pública e realizada na Escola de Administração Fazendária – Esaf, em 12 jun. 2006.

da, Villoria destaca que uma forma de empresas privadas capturarem políticas e decisões públicas é pela oferta de altos cargos a funcionários públicos, para quando deixarem o governo. Para evitar esse tipo de situação, a legislação de muitos países estabelece uma proibição temporal, ou “quarentena” (que varia de dois a cinco anos, de acordo com o país), quanto a aceitar emprego no setor privado depois da saída do serviço público. Esse tipo de proibição, segundo ele, é importante particularmente nos órgãos de regulação, cujas decisões em geral têm efeitos significativos sobre os resultados das empresas.

4. O poder de regulação

A atividade administrativa do Estado é disciplinada por um conjunto de normas e princípios que configuram um regime jurídico específico, diverso daquele aplicado à atividade das pessoas privadas. Isso porque a administração pública concretiza atividade qualificada pela tutela de interesses públicos indisponíveis, de que é titular a coletividade. A relação administrativa, diversamente do que ocorre nas relações privadas, é marcada pela hierarquização dos sujeitos participantes e pela finalidade preestabelecida em lei. Há, de fato, uma relação de subordinação, em que a Administração possui poderes e prerrogativas extraordinárias, que afetam o vínculo intersubjetivo⁹.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre as atividades administrativas a cargo do Estado (serviço público, fomento, polícia e intervenção), a atividade regulatória abrange as três últimas, a saber, a polícia, o fomento e a intervenção no domínio econômico. Segundo essa jurista, a regulação econômica pode ser definida “como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado”¹⁰.

O Estado regulador surge no último quarto do século XX, em decorrência da crise do Estado social. Segundo Eros Grau, ele nasce modelado pela doutrina

9/ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22-25.

10/ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 27-59.

neoliberal, cujos principais pressupostos incluem (i) a redução dos gastos sociais e das intervenções econômicas; (ii) a estabilidade monetária; (iii) a disciplina orçamentária; (iv) a restauração da taxa “natural de desemprego”; e (v) reformas fiscais¹¹. Esse Estado já não mais assume a feição intervencionista do Estado social, produtor de bens e serviços, mas também não deixa ao mercado a tarefa da auto-regulação, típica da concepção liberal.

Importante destacar, como faz Di Pietro, que “o fato de falar-se hoje em Estado regulador não significa que a regulação não existisse antes”¹². A expressão **Estado regulador** surgiu para diferenciar o novo modelo daquele de Estado produtor de bens e serviços. A distinção entre os dois tipos de Estado faz-se, em verdade, pelos tipos de intervenção no domínio econômico: a **intervenção direta** e a **indireta**. No primeiro tipo, tem-se o Estado empresário, que atua no mercado produzindo bens e serviços por meio de suas empresas; no segundo, tem-se o Estado regulador, que atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, estabelecendo regras, fiscalizando e reprimindo a atividade econômica desempenhada pelo particular.¹³

O poder de regulação confere, ainda, à administração o poder de aplicar aos administrados sanções pelo descumprimento de regras (sanções administrativas de caráter geral), como lembra Prates¹⁴.

Essa atuação regulatória é fonte de enorme poder de órgãos e entidades públicos sobre a atividade econômica, o que leva à sua maior exposição a desvios éticos.

A propósito, estudos realizados pela Comissão de Ética Pública¹⁵ apontam o **poder de regulação** – para esse efeito, entendido como a capacidade de tomada de decisões que interferem na existência ou na rentabilidade de negócios – como um dos dois fatores que mais influenciam a suscetibilidade das entidades públi-

11/ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40-1.

12/ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 27-59.

A autora registra que já no liberalismo econômico, em que pese a posição passiva do Estado, havia o instituto da concessão de serviços públicos, que envolve uma atividade de regulação, à medida que, ao publicar determinada atividade econômica, o Estado estabelece as regras de execução do serviço e fiscaliza a atividade da concessionária, podendo retomá-la, intervir, aplicar penalidades e fazer a reversão de bens. Em linguagem moderna, esta seria uma típica **regulação** do serviço concedido (p. 32). No período intervencionista, iniciado em fins do século XIX, começa a regulação pelo Estado para corrigir o funcionamento da concorrência que vinha sendo prejudicada pela liberdade econômica.

13/ *Idem, ibidem*.

14/ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

15/ Criada por Decreto s/número, de 26 de maio de 1999, a CEP vincula-se diretamente ao Presidente da República. É composta por seis membros, escolhidos e designados pelo Presidente da República dentre brasileiros de idoneidade moral, reputação ilibada e dotados de notórios conhecimentos da Administração Pública Federal.

cas a desvios éticos. O outro é o **poder de compra**, definido como a capacidade de transferência de numerário para o mercado, via compras, investimentos ou financiamentos.¹⁶

Em estudo específico, Cunha e Soares¹⁷ observam que, em regra, a atuação dos órgãos de governo provoca perdas ou ganhos econômico-financeiros para o setor privado, o que acaba por estabelecer uma relação direta entre o poder do organismo governamental e a possibilidade de risco da ocorrência de relacionamentos ilegítimos entre representantes do Poder Público e do setor privado; ou seja, **quanto maior o poder da entidade, maior o risco de desvio ético**.

Nesse sentido, convém examinar em que medida o Banco Central do Brasil, na condição de supervisor e regulador do sistema financeiro, está aparelhado para lidar com o conflito de interesses de forma a preservar adequadamente o interesse público. Para tanto, é necessário verificar em que medida a legislação aplicável ao servidor público federal, categoria em que se inserem os servidores do Banco Central, está acorde com as recomendações da OCDE e com a experiência de outros bancos centrais. A partir de então, é possível propor o aperfeiçoamento das políticas e das regras existentes.

5. O Banco Central do Brasil como órgão regulador do Sistema Financeiro Nacional

O Sistema Financeiro Nacional – SFN, a teor do art. 1º da Lei 4.595, de 1964, é constituído pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, pelo Banco Central do Brasil, pelo Banco do Brasil S.A., pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e pelas demais instituições financeiras públicas e privadas. O art. 17 da Lei considera instituições financeiras as pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

16/ FERREIRA, Antonio Sérgio Seco. Um modelo para avaliação de susceptibilidades de entidades públicas a desvios éticos. In: **Desvios éticos: risco institucional**. Comissão de Ética Pública. Brasília: Esaf, 2002, p. 25-62.

17/ CUNHA, Murilo Rodrigues Soares da; SOARES, Mauro Sérgio Bogéa. Um estudo introdutório para mensurar o grau de exposição dos órgãos governamentais ao risco de desvio ético. In: **Desvios éticos: risco institucional**. Comissão de Ética Pública. Brasília: Esaf, 2002, p. 13-23.

Ao Banco Central do Brasil compete “cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional” (art. 9º da Lei 4.595, de 1964).

No ordenamento normativo que rege o sistema financeiro nacional tem-se: a Constituição Federal, em particular o seu art. 192; a Lei 4.595, de 1964; as normas aprovadas pelo CMN, na forma de resoluções, e as normas editadas pelo BCB (circulares, cartas-circulares, comunicados e comunicados-conjuntos).¹⁸

Conforme registra Florenzano, a circular é o instrumento normativo pelo qual o BCB, por delegação, cria normas para o sistema financeiro ou, também por delegação, regulamenta as normas contidas em resoluções do CMN. Já a carta-circular visa, em geral, a esclarecer dúvidas ou divergências quanto à interpretação e à aplicação de disposição normativa. Embora não seja propriamente um instrumento normativo, acaba funcionando como tal e promovendo o que seria uma interpretação autêntica das normas do SFN. O autor observa que as resoluções do CMN e as circulares do BCB, por delegação constitucional e infraconstitucional, “acabam se transformando nas principais fontes de criação das normas que regulam a estrutura e o funcionamento do sistema financeiro nacional”.¹⁹

A par das chamadas funções clássicas de um banco central – execução das políticas monetária e cambial – o BCB, em razão de seu desenho institucional, exerce também o papel de agente regulador do sistema financeiro. A Lei 4.595, de 1964, confere à autarquia extenso rol de competências, entre as quais se incluem: (i) a fiscalização das instituições financeiras e a aplicação de penalidades; (ii) a concessão de autorização a essas instituições para funcionamento no País, transformação e fusão, alteração de estatutos, alienação ou transferência do seu controle acionário; (iii) condições para posse e exercício de cargos de administração; (iv) condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação de pena.

Sobressai da Lei o amplo poder que o BCB detém sobre o funcionamento do sistema financeiro, sem prejuízo de outras funções que lhe são atribuídas. Não é pouco, sobretudo diante do poder econômico detido pelo mercado sujeito às suas regras.

18/ FLORENZANO, Vincenzo D. *Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito*. São Paulo: Textonovo, 2004, p. 171.

19/ *Idem, Ibidem*, p. 118.

Feita uma análise a partir dos componentes indicados pela Comissão de Ética Pública para avaliar o poder de regulação e de conseqüente maior exposição de instituições públicas a desvios éticos, é possível concluir que o Banco Central do Brasil apresenta alto grau de risco. O BCB (i) exerce função fiscalizadora sobre as instituições financeiras, com capacidade para aplicar sanções; (ii) autoriza o funcionamento dessas instituições; (iii) tem capacidade de interpretação normativa de atos legais; (iv) seus “clientes” – entidades sob supervisão/regulação – têm capacidade de organizar-se para exercer pressões em apoio às suas pretensões; (v) afeta, com suas decisões, mercado gigantesco, com função relevante para a economia do País; (vi) tem, por fim, jurisdição sobre negócios de grande poder econômico.²⁰

Esse quadro, em verdade, não é inerente apenas à realidade brasileira; integra a realidade de outros bancos centrais que, conscientes do seu papel como indutores de processos de mudança e de modernização dos sistemas financeiros, vêm reconhecendo a importância da adoção de boas práticas de governança, nas quais se insere o tratamento de conflitos de interesses.

6. A experiência de outros bancos centrais

Embora haja grande variação no perfil dos bancos centrais no tocante a estrutura, funções desempenhadas, subordinação ou não ao Poder Executivo, grau de independência ou autonomia operacional, forma de recrutamento do quadro de pessoal e outros aspectos, todos lidam com assuntos de grande repercussão para a economia dos respectivos países.

O estudo de algumas normas vigentes no Banco Central Europeu, no Banco da Inglaterra, no Banco da França, no Banco Central Argentino, no Banco da Reserva do Peru, no Banco do Chile e no *Federal Reserve System*, dos Estados Unidos da América, permite relacionar as principais matérias reguladas, que em geral convergem, em maior ou menor grau, com as recomendações da OCDE.

20/ A propósito, estudo realizado em maio de 2003 pelo FMI analisou o desempenho do sistema bancário brasileiro, que inclui os maiores bancos da América Latina e é “sólido, rentável e bem capitalizado”; apesar disso, o nível de crédito é baixo. O estudo conclui que os bancos se comportam como um oligopólio e que o poder de mercado dos bancos contribui para explicar o reduzido volume de crédito e as elevadas margens bancárias, que são mais altas do que em outras economias latino-americanas e muito mais altas do que nos EUA e no Japão, por exemplo. (BELAISCH, Agnès. **Do Brazilian banks compete?** International Monetary Fund, IMF Working Paper, maio de 2003, disponível em: <<http://www.imf.org.br>>. Acesso em 1º jun. 2006).

São recorrentes nesses bancos a instituição formal de códigos de conduta e o estabelecimento de regras sobre o exercício de atividades paralelas, o uso do cargo para obtenção de vantagem pessoal direta ou indireta, a negociação de emprego futuro, o uso de informações privilegiadas, a declaração de rendas e/ou de patrimônio, o recebimento de presentes ou de outras benesses e as relações com *stakeholders*²¹.

O Banco da Inglaterra²² e o Banco da França²³ têm códigos específicos para transações financeiras. Ambos classificam os agentes suscetíveis de deter informação privilegiada em diferentes grupos e estabelecem regras sobre aplicações financeiras para cada um desses grupos. Quanto mais alta a posição ocupada no Banco – incluídos os membros do comitê de política monetária –, mais específicas e restritivas são as regras estabelecidas.

Com relação às atividades financeiras privadas e aos conflitos de interesses, o Código de Conduta do Banco Central Europeu²⁴ destaca o fato de as atividades do Banco envolverem transações com instituições financeiras, assim como a análise e a preparação de decisões que podem ter impacto sobre o desenvolvimento de mercados, em razão do que os empregados devem agir com total independência e imparcialidade, evitando qualquer situação que dê origem a conflitos de interesses.

O Banco Central da Argentina segue a Lei de Ética da Função Pública²⁵, que dedica um capítulo a **incompatibilidades e conflitos de interesses**. Entre as incompatibilidades, figuram dirigir, administrar, patrocinar, assessorar ou, de qualquer outra forma, prestar serviços a quem administre ou tenha uma concessão ou seja provedor do Estado, ou ainda **realize atividades reguladas por este**. Destacam-se, ainda, na lei disposições sobre informações privilegiadas e o regime de declaração de bens, pelo qual autoridades e funcionários devem apresentar, por oca-

21/ Também referidos em Português como “partes interessadas”. O termo refere-se a todas as pessoas ou grupos de interesses numa organização (contratados, funcionários, administradores, prestadores de serviços, usuários de serviços e outros): “Pessoa ou grupo com interesse na performance de organização e no meio ambiente na qual opera.” (Fonte: <<http://www.guiarh.com.br/dicionario.htm>>); “En el caso de una empresa se refiere a sus clientes, accionistas y a todas aquellas personas o organizaciones que tienen intereses en ella.” (Fonte: <<http://forum.wordreference.com/showthread.php?p=1699941>>).

22/ **Code for conduct of personal financial transactions**, de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.bankofengland.co.uk/about/humanresources/PersonalFinancialTransactions.pdf>>. Acesso em 2 maio 2006.

23/ **Code de déontologie financière**. Banque de France. Eurosysteme. Édition Novembre 2002.

24/ Disponível no *website* do ECB, link: <http://www.ecb.int/ecb/legal/pdf/c_07620010308en00120015.pdf>. Acesso em 25 maio 2006.

25/ Ley 25.188, Boletín Oficial, 1 de Noviembre de 1999. Disponível em: <<http://www.anticorruption.jus.gov.ar/25.188.PDF>>. Acesso em 20 maio 2006.

sião da assunção ou do desligamento das funções públicas, declaração detalhada – a ser atualizada anualmente – de todos os bens, inclusive de familiares (cônjuge, companheiro(a) e filhos menores). A lista das declarações apresentadas é publicada no Boletim Oficial e qualquer cidadão, com a devida identificação e desde que indique a finalidade, pode obter cópia de declaração apresentada.

O Código de Ética dos trabalhadores do Banco Central da Reserva do Peru²⁶ também trata de conflitos de interesses. Entre as situações de conflito de interesses, consta servir como diretor, funcionário ou consultor, ou ocupar qualquer outra posição importante em alguma empresa que tenha ou busque ter relações de negócios com o Banco. Atividades externas ao Banco devem ser desenvolvidas fora do horário de trabalho e em áreas que não suponham conflito de interesses.

Além do seu Código de Ética, o Banco do Peru segue a Lei 27.588, de 2001, que estabelece **proibições e incompatibilidades** a funcionários públicos e a pessoas que prestem serviços ao Estado. Entre os impedimentos estabelecidos, constam a prestação de serviços a empresas ou a instituições privadas compreendidas no âmbito de sua atuação e o desempenho de função de advogado, procurador, assessor, patrocinador, perito ou árbitro de particulares nos processos em tramitação na repartição do Estado à qual prestam serviços. Os impedimentos aplicam-se, inclusive, no período de um ano após a saída do cargo e subsistem permanentemente em relação a causas ou assuntos específicos dos quais hajam participado diretamente. Merece destaque ainda, no Peru, a Lei Geral do Sistema Financeiro, que proíbe que os organizadores ou diretores de instituição financeira sejam diretores ou empregados dos organismos que supervisionam suas atividades²⁷.

O Banco Central do Chile conta com o Manual de Princípios Éticos²⁸, que inclui entre as incompatibilidades que afetam os seus empregados as de dirigir, administrar, assessorar, patrocinar, impor sua autoridade, prestar serviços, remunerados ou não, a pessoas, sociedades ou instituições de qualquer natureza cujo objeto tenha relação com atividades reguladas pelo Banco, seja a título pessoal, seja por meio de cônjuge ou de parentes.

26/ Disponível em: < http://www.bcrp.gob.pe/Espanol/WPersonal/Cod_Etica.htm >. Acesso em 3 maio 2006.

27/ Vide Lei 26.702, de 1996, arts. 20 e 81. Disponível em: < <http://www.fsd.org.pe/normas/Ley.pdf> >. Acesso em 3 maio 2006.

28/ Acuerdo 1052E-01-030331 – Circular Interna 422, de março de 2003. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res88.pdf>. Acesso em 5 maio 2006.

Do *Federal Reserve System* – Fed, dos Estados Unidos da América, cabe destacar, além do Código de Conduta Uniforme, de 1994, a política específica sobre conflitos de interesses e de emissão de credenciais para examinadores e inspetores²⁹, destinada ao “pessoal da supervisão” de todos os bancos do sistema Fed. São alcançados pela política desde os presidentes dos bancos do sistema até os profissionais que, embora não integrem o Departamento de Supervisão e Regulação, participam dos assuntos que envolvam instituições supervisionadas pelo Banco, tais como advogados e economistas.

O pessoal da supervisão apresenta formulário padronizado de declarações financeiras³⁰, no qual são discriminadas as dívidas junto a instituições financeiras, os bens de natureza financeira (ações, debêntures, planos de previdência privada etc.), os empregos paralelos ao do Fed – inclusive os ocupados nos doze meses anteriores ao ingresso –, a identificação de parentes que sejam empregados de instituições financeiras, entre outras informações.

7. As normas aplicáveis aos servidores do Banco Central do Brasil

É certo que o Banco Central do Brasil não enfrenta sérios problemas de desvios de conduta de seus servidores, ou mais sérios do que as demais instituições públicas. Isso não significa que não devam ser adotadas medidas para evitá-los, consentâneas com o interesse público de preservar um órgão vital para o funcionamento da economia de fatos que possam vir a comprometer a sua credibilidade.

No Brasil, a preocupação com padrões de conduta ética para os servidores públicos – entre os quais se inserem os servidores do Banco Central – ganhou contornos relevantes a partir da década de 1990. A edição do Código de Ética Profissional do Servidor Público – CEPS, em 1994, e do Código de Conduta da Alta Administração Federal – CCAAF, em 2000, representaram importantes marcos nesse sentido.

29/ Disponível em: < <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/srletters/1995/sr9506.htm> >. Acesso em 27 maio 2006.

30/ Disponível em: < <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/srletters/1995/sr9506a1.pdf> >. Acesso em 27 maio 2006.

No entanto, é possível afirmar que o arcabouço normativo brasileiro voltado para a atuação da administração pública, em que pese extenso, carece de maior organicidade, fato que, além de enfraquecer a sua efetividade, deixa matérias extremamente relevantes sem o tratamento adequado, como é o caso do conflito de interesses. Além dos códigos já citados, normas balizadoras da conduta do gestor público e dos agentes públicos são encontradas na Constituição Federal, no Código Penal, no Estatuto do Servidor Público Federal (Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990), na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 2 de junho 1992), na Lei de Licitações (Lei 8.666, de 22 de junho de 1993) e em outras leis específicas.

Algumas matérias reguladas relacionam-se ao conflito de interesses, de que são exemplos: **o uso indevido do cargo público** que, a par de constituir infração ao CEPS (XV, a), pode configurar crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) ou de concussão (art. 316 do Código Penal); ato de improbidade administrativa (arts. 9º e 10 da Lei 8.429, de 1992); infração disciplinar grave (art. 117, IX, da Lei 8.112, de 1990); o **exercício de atividade paralela à do serviço público**, que é restringido nos incisos X e XVIII do art. 117 da Lei 8.112, de 1990, e no inciso VIII do art. 9º da Lei 8.429, de 1992; e o **uso de informação privilegiada**, que é considerado ato de improbidade administrativa, no caso previsto no inciso VII do art. 11 da Lei 8.429, de 1992, e infração ao CEPS (XV, m) e ao CCAAF (art. 14, II).

Tanto o Código de Ética Profissional do Servidor quanto o Código de Conduta da Alta Administração têm cunho educativo e preventivo e visam, eminentemente, a estimular o comportamento ético na Administração Pública Federal.

O Código de Conduta da Alta Administração tem por destinatários os ocupantes dos mais altos postos da Administração Pública Federal, entre os quais ministros e secretários de Estado e presidentes e diretores de autarquias e de fundações públicas federais. A Exposição de Motivos CC/PR 37, de 18 de agosto de 2000, que submeteu a minuta de código à aprovação do Presidente da República, destaca o seu valor como compromisso moral das autoridades, cuja conduta deve servir como exemplo a ser seguido pelos demais servidores públicos.

A Exposição de Motivos não se furta a registrar que a insatisfação social com a conduta ética do governo é fenômeno comum a todos os países democráticos desenvolvidos, que enfrentam o crescente ceticismo da opinião pública a

respeito do comportamento dos administradores públicos e da classe política. Essa tendência estaria ligada principalmente a **mudanças estruturais do papel do Estado como regulador da atividade econômica** e como poder concedente da exploração, por particulares, de serviços públicos antes sob regime de monopólio estatal. Tais fatores levaram o setor público a depender cada vez mais do recrutamento de profissionais oriundos do setor privado, o que exacerbou a possibilidade de conflito de interesses e a necessidade de maior controle sobre as atividades privadas do administrador público.

Sobre conflitos de interesses, a Comissão de Ética Pública editou a Resolução Interpretativa 8, de 2003³¹ – sem dúvida inspirada nas recomendações da OCDE –, com o objetivo de orientar as autoridades antes mencionadas na identificação e na prevenção de situações que possam suscitar tais conflitos. Outra resolução editada pela Comissão de Ética Pública é a 9, que determina a apresentação de Declaração Confidencial de Informações – DCI, da qual devem constar: (i) atividades exercidas nos doze meses anteriores; (ii) atividades públicas ou privadas exercidas concomitantemente com o cargo ou a função pública; (iii) bens, direitos e dívidas; e (iv) situações de conflito de interesses, com indicação das medidas adotadas para preveni-lo.

Importante mecanismo voltado para a redução de conflitos de interesses, criado pelo Código de Conduta da Alta Administração, é a chamada “quarentena”, que se traduz em impedimentos ao exercício de algumas atividades pela autoridade, após a exoneração.

A matéria ganhou maior relevância com a edição da Medida Provisória 2.225, de 2001, pela qual as autoridades que tenham tido acesso a informações com repercussão econômica ficam impedidas, por um período de quatro meses após a exoneração, de exercer atividades ou prestar serviços no setor de sua atuação. Durante esse período, fazem jus a remuneração compensatória, equivalente à do cargo exercido. Essas autoridades ficam impedidas ainda, no mesmo período, de estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica com a qual tenham mantido relacionamento oficial nos seis meses anteriores à exoneração e de intervir em favor de terceiro junto a órgão ou entidade federal com que tenham tido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores à exoneração.

31/ Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/etica/> >. Acesso em 5 maio 2006.

Entre as autoridades sujeitas à quarentena, estão os membros do Conselho Monetário Nacional e do Comitê de Política Monetária do Banco Central do Brasil (Decreto 4.187, de 2002, com a redação dada pelo Decreto 4.405, de 2002).

Há, no entanto, diversos aspectos relacionados ao conflito de interesses que estão a merecer tratamento mais específico.

A ausência de requisitos específicos para indicação e nomeação de diretores e do presidente do Banco, com relação à sua atividade de origem, é um dos fatores que gera críticas. A aprovação dos indicados para esses cargos é da competência do Senado Federal, em processo de argüição pública (Constituição Federal, art. 52, III, *d*), após o que a nomeação é feita pelo Presidente da República.

A Constituição não estabelece, contudo, requisitos ou regras de impedimentos aplicáveis a essas autoridades. É bem verdade que a redação original do art. 192 sinalizava nesse sentido, ao dispor que a lei complementar que regularia o sistema financeiro nacional disporia, inclusive, sobre “os requisitos para a designação de membros da diretoria do banco central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo”. Contudo, a nova redação dada ao artigo 192 pela Emenda Constitucional 40, de 2003, ao remeter a regulação do SFN a “leis complementares” – não mais a uma única lei complementar –, silenciou em relação a essa matéria.

Entre os críticos à forma de composição da diretoria do BCB, destaca-se o economista e professor Paulo Nogueira Baptista Jr., para quem as diretorias do banco têm sido dominadas, há muitos anos, por economistas e outros profissionais “oriundos do sistema financeiro e adjacências” ou que têm esse sistema como destino. Em sua opinião, há um “controle informal dos grandes bancos” sobre tais nomeações, mediante um “regime de indicações e vetos”, nos bastidores, que conduz à “escolha de pessoas rigorosamente identificadas com os interesses e a visão de mundo do mercado financeiro”³².

Baptista Jr. reconhece que a direção do banco precisa contar com profissionais com experiência no mercado financeiro. Propõe, no entanto, a criação de regras claras para entrada e saída de diretores, a exemplo da limitação do número de diretores oriundos do sistema financeiro (um terço, por exemplo), com predomi-

32/ BAPTISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. Estatizando o BC. *Boletim Carta Maior*, 28 mar. 2005. Disponível em: <<http://agenciacartamaior.uol.com.br>>. Acesso em 28 mar. 2005.

nância, na composição da diretoria, de servidores de carreira do BC ou de pessoas de outras áreas da sociedade, de notório conhecimento econômico-financeiro.

Presidente e diretores do BC submetem-se ao Código de Conduta da Alta Administração Federal. Como integrantes do Comitê de Política Monetária – Copom, são a eles aplicáveis as disposições relativas à “quarentena” (Decreto 4.187, de 2002).

A propósito do Copom, os seus membros são o presidente e os diretores do BCB. Contudo, participam da primeira sessão das reuniões ordinárias do comitê chefes de diversos departamentos, consultores da Diretoria, assessores e outros servidores eventualmente convocados³³, o que significa que considerável número de servidores participa das discussões ali travadas, em razão do que têm acesso a informações não públicas – pelo menos até a sua eventual divulgação – de grande repercussão e interesse para o mercado. Em que pese esse fato, a legislação vigente reconhece apenas os membros do Copom como portadores de informações privilegiadas. Isso no que toca à política monetária, que é apenas uma das frentes – ainda que das mais importantes – de atuação do BC. Para áreas outras, como a de supervisão bancária e a de normas, não existem regras específicas.

Ainda com relação à diretoria colegiada do BCB, conviria a fixação de nível de retribuição compatível com as responsabilidades do cargo e com a *expertise* exigida de seus ocupantes³⁴. Essa medida, embora possa parecer, numa análise apressada, tratamento privilegiado, seria uma forma de reduzir a sedução exercida pelo mercado sob supervisão do BCB, que paga aos seus executivos três a cinco vezes mais que a autoridade monetária.

Um bom exemplo de política de remuneração vem do Banco Central do Chile, onde a remuneração do presidente, do vice-presidente e dos conselheiros é fixada pelo Presidente da República, mediante proposta de uma comissão integrada por ex-presidentes e ex-vice-presidentes do Instituto Emissor. Na elaboração da proposta, são consideradas as remunerações pagas aos mais altos executivos das empresas bancárias do setor privado³⁵.

33/ Conf. Circular 3.297, de 31 out. 2005, do BCB. Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br> >.

34/ A remuneração dos diretores – ocupantes de cargos de livre provimento – é fixada por lei de iniciativa privativa do Presidente da República. Até 1996, quando, em razão do julgamento da ADIn 442-9, o quadro de pessoal do BCB passou a ser regido pela Lei 8.112, de 1990, os honorários da diretoria eram fixados pelo Conselho Monetário Nacional. Apenas como referência, em agosto de 1996, os honorários da Diretoria do BC estavam fixados em R\$12.501,00; com a decisão do STF e a posterior edição da Medida Provisória 1.535, de 1996, essa retribuição foi reduzida para R\$8.000,00 e corresponde hoje a R\$8.362,80.

35/ Fonte: < <http://www.bcentral.cl/esp/fuyorg/remuneraciones/> >. Acesso em 2 maio 2006.

Quanto aos servidores de carreira do BCB, sujeitam-se à legislação aplicável aos servidores públicos em geral e, especificamente, à Lei 9.650, de 1998, que dispõe sobre o seu plano de carreiras. Essa lei seria um instrumento adequado para disciplinar questões de conflitos de interesses específicas; no entanto, não o faz de forma completa. O seu artigo 17, por exemplo, proíbe ao servidor “em efetivo exercício no Banco Central do Brasil” “prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade é controlada e fiscalizada pelo Banco Central do Brasil (...)” e “firmar ou manter contrato com instituição financeira pública ou privada, bem assim com instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, em condições mais vantajosas que as usualmente ofertadas aos demais clientes”.

Ao determinar a aplicação das proibições aos servidores “em efetivo exercício” no Banco, a lei deixou exposto enorme flanco. Efetivo exercício é “o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança” (art. 15 da Lei 8.112, de 1990), o que possibilita que o servidor detentor de informações privilegiadas, ocupante de posto estratégico ou não, solicite licença para tratar de interesses particulares e, em seguida, passe a prestar serviço a uma instituição financeira.

Não é difícil identificar casos concretos de servidores do Banco, muitos dos quais ocupantes de funções estratégicas, que se licenciaram sem remuneração e passaram a prestar serviços ao mercado financeiro. Não raro, esses servidores, além de exercerem cargo de direção na instituição financeira, integram instituições representativas de interesse do mercado, como a Federação Brasileira de Bancos – Febraban e a Associação Brasileira de Bancos Estaduais e Regionais – Asbace.

Nessas situações, há manifesto conflito de interesses. É difícil aceitar como razoável que servidores do Banco Central, ainda que temporariamente licenciados do cargo efetivo, atuem como prepostos de entidades representativas dos interesses do mercado regulado, muitas vezes interagindo com o próprio BCB, como contraparte.

Há quem entenda como saudável essa interseção do BCB com o mercado financeiro. Em alguns casos, pode até ser possível vislumbrar uma interação produtiva para a sociedade, na medida em que os servidores estariam disseminando conhecimentos e boas práticas exigidas das entidades supervisionadas, de forma a contribuir para o aperfeiçoamento do sistema. Em outros, é possível ainda iden-

tificar eventual interesse público – quando se trata de serviços prestados a instituições financeiras públicas. Nesse último caso, contudo, a via legal necessária seria a autorização de afastamento prevista no art. 93 da Lei 8.112, de 1990 (cessão), e não a licença para tratar de interesses particulares, vez que a assunção de cargo, emprego ou função pública em qualquer órgão ou entidade da administração direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, caracteriza a acumulação ilícita vedada nos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal.

Ainda que se entenda que tais situações não ferem a legislação, elas são eticamente discutíveis, considerando que os servidores recrutados pelo mercado financeiro são, em regra, portadores de informações privilegiadas, conhecem os mecanismos institucionais e mantêm viva rede de relacionamento interno. Da mesma forma, no seu retorno ao BCB, essa rede externa também é mantida.

Relação tão estreita com o sistema financeiro tem o efeito indesejado e perverso de reforçar críticas ferrenhas à proposta de autonomia do Banco Central, que vem sendo discutida já há algum tempo. Os críticos à proposta, como o próprio Baptista Jr., entendem que o Banco Central guarda uma relação “umbilical” com o sistema financeiro, numa posição de subordinação aos “interesses, prioridades e preconceitos” do sistema.³⁶

A resposta adequada a críticas dessa natureza inclui o reforço, pelo BCB, da aplicação das regras já existentes e a criação de outros mecanismos legais e institucionais que possibilitem o adequado gerenciamento dos conflitos de interesses.

8. Algumas proposições para o aperfeiçoamento de políticas e de normas de conduta no Banco Central do Brasil

Como visto, há deficiências identificadas na legislação vigente para o tratamento de conflitos de interesses no Banco. Entre as mais graves, a insuficiência de regras sobre prestação de serviços a entidades sob regulação/supervisão do Banco.

Para que essas deficiências sejam superadas, propõe-se a adoção de duas medidas: a primeira, a instituição de política formal e específica para o tratamento

36/ BAPTISTA Jr., Paulo Nogueira. Banco Central: um quarto poder? *Boletim Carta Maior*, 19 mar. 2005. Disponível em: <<http://agenciartamaior.uol.com.br>>. Acesso em 22 mar. 2005.

de conflitos de interesses; a segunda, a alteração da Lei 9.650, de 1998, para suprimir a expressão “em efetivo exercício no Banco Central do Brasil” do *caput* do seu art. 17.

Com a adoção da segunda medida, a prestação de serviços a entidades sob supervisão e controle do BCB passaria a constituir uma das formas inaceitáveis de conflito de interesses. Pode ser examinada a possibilidade de, na alteração legislativa, manter-se a prestação de serviços por servidores ativos do BCB a bancos oficiais, quando devidamente justificado o interesse público, mediante o processo de cessão disciplinado no art. 93 da Lei 8.112, de 1990. As demais situações seriam permitidas apenas ao servidor aposentado, após cumprido período de carência (quarentena).

A discussão, formulação e implementação das medidas propostas devem ser precedidas da identificação de áreas de maior risco a desvios de conduta. Os estudos da OCDE indicam as áreas de interface entre os setores público e privado, de compras e de contratos governamentais, e as funções de regulação e fiscalização. Seria o caso de identificar, no BCB, quais os departamentos e gerências aos quais as atividades dessas áreas de risco estão afetadas, a fim de que a política a ser instituída seja desenhada de modo a direcionar-lhes mecanismos específicos.

Recomenda-se que a formulação da política considere ainda:

- a) aprovação de uma carta de valores do BCB, dirigida não apenas aos seus servidores, mas que explicita também a todos os terceiros com os quais o banco se relaciona os padrões de conduta deles esperados;
- b) estabelecimento de regras para o tratamento de informações privilegiadas, com a premissa de que essas informações não estão restritas aos escalões mais altos, ou não pressupõem necessariamente o exercício de função comissionada;
- c) estabelecimento de impedimentos e/ou incompatibilidades quanto à prestação de serviços, por servidores do BCB, a instituições sob regulação/supervisão da autarquia;
- d) possível extensão da “quarentena” a servidores que atuem em áreas de risco, independentemente de sua posição hierárquica na organização. Nos casos em que não haja incompatibilidade absoluta entre o exercício do cargo e a atividade privada, examinar a extensão da “quarentena” a servidores que detêm informações privilegiadas;

- e) possível limitação ao número de membros da diretoria colegiada oriundos do mercado financeiro;
- f) discussão junto às esferas políticas competentes sobre a necessidade de revisão legislativa que permita a fixação da retribuição do presidente e dos diretores do BCB em nível compatível com a praticada no mercado sob regulação;
- g) estabelecimento de regras relacionadas a transações financeiras e econômicas efetuadas por servidores do BCB;
- h) fomento de uma cultura organizacional que estimule o conhecimento das condutas esperadas dos servidores e a consulta/comunicação sobre situações de potencial conflito de interesses.

Espera-se que as medidas propostas para o tratamento de conflitos de interesses contribuam para aperfeiçoar os instrumentos de gestão da ética do BCB e conferir maior transparência à sua atuação. Na condição de regulador do mercado financeiro, o BCB deve zelar por sua imagem pública, que deve **ser** e **parecer** a de uma instituição que atua com plena autonomia, livre de injunções e de pressões exercidas pelo mercado regulado.

Referências

ARGENTINA. **Ley de ética de la función pública**. Ley 25.188, Boletín Oficial, 1 de Noviembre de 1999. Disponível em: <<http://www.anticorruptcion.jus.gov.ar/25.188.PDF>>. Acesso em 20 maio 2006.

BANCO CENTRAL DA RESERVA DO PERU. **Código de ética**. Disponível em: <http://www.bcrp.gob.pe/Espanol/WPersonal/Cod_Etica.htm>. Acesso em 3 maio 2006.

_____. **Reglamento sobre representación institucional, confidencialidad y conflicto de intereses**. Disponível em: <http://www.bcrp.gob.pe/Espanol/normas_legales/Reglamento_Confid/RConfidencialidad.htm>. Acesso em 3 maio 2006.

BANCO CENTRAL DO CHILE. **Manual de princípios éticos**. Acuerdo 1052E-01-030331 – Circular Interna 422, de março de 2003. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res88.pdf>. Acesso em 3 maio 2006.

BANCO CENTRALEUROPEU. **Code of conduct of the European Central Bank**. Disponível em: <http://www.ecb.int/ecb/legal/pdf/c_07620010308en00120015.pdf>. Acesso em 20 maio 2006.

BANCO DA FRANÇA. **Code de déontologie financière**. Eurosysteme. Édition Novembre 2002.

BANCO DA INGLATERRA. **Code for conduct of personal financial transactions**. Disponível em: <<http://www.bankofengland.co.uk/about/humanresources/PersonalFinancialTransactions.pdf>>. Acesso em 2 maio 2006.

BELAISCH, Agnes. Do Brazilian banks compete? International Monetary Fund, **IMF Working Paper**, maio de 2003. Disponível em: <<http://www.imf.org.br>>. Acesso em 31 maio 2006.

BEXELL, Göran. Managing ethical issues: university ethics and human resources. *In: Trends in the management of human resources in higher education*. Sede da OCDE, Paris, 25 e 26 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/17/32/35378038.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2006.

CUNHA, Murilo Rodrigues Soares da; SOARES, Mauro Sérgio Bogéa. Um estudo introdutório para mensurar o grau de exposição dos órgãos governamentais ao risco de desvio ético. *In: Desvios éticos: risco institucional*. Comissão de Ética Pública. Brasília: Esaf, 2002, p. 13-23.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FEDERAL RESERVE SYSTEM. **SR 95-6 (GEN) January 30, 1995**. Disponível em: <<http://www.federalreserve.gov/boarddocs/srletters/1995/sr9506.htm>>. Acesso em 27 maio 2006.

FERREIRA, Antonio Sergio Seco. Um modelo para avaliação de susceptibilidades de entidades públicas a desvios éticos. *In: Desvios éticos: risco institucional*. Comissão de Ética Pública. Brasília: Esaf, 2002, p. 25-62.

FLORENZANO, Vincenzo D. **Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito**. São Paulo: Textonovo, 2004.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Departamento para Assuntos Monetários e de Câmbio. Elements of central bank: autonomy and accountability. **Operational Paper**, 98/1.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

KNIGHT, Malcolm D. Lessons from international corporate governance standards: the ethical perspective in corporate governance. *In: 2nd Islamic Financial Services Board Summit*. Doha, Qatar, em 24 maio 2005. Disponível em: <<http://www.bis.org/dcms/fd.jsp?p=1&uri=/speeches/sp050524.htm>>. Acesso em 15 maio 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Recommendation of the council on guidelines for managing conflict of interest in the public service**. Junho de 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/13/22/2957360.pdf>>. Acesso em 5 maio 2006.

_____. **OECD principles of corporate governance**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>>. Acesso em 5 maio 2006.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

SROUR, Robert Henry. **Ética empresarial**. Rio de Janeiro: Elsevier/Campos, 2003.

VILLORIA, Manuel. **Conflito de interesses: a experiência da União Européia**. Palestra promovida pela Comissão de Ética Pública, realizada na Escola de Administração Fazendária, em 12 jun. 2006.

O Dever Legal do Banco Central de Informar a Ocorrência de Crimes e o Poder Requisitório do Ministério Público

Henrique Balduino Machado Moreira*

1. Introdução. 2. Sigilo bancário: 2.1 Conceito e natureza jurídica; 2.2 Conteúdo. 3. Lei Complementar 105/2001: 3.1 Sujeitos do dever de sigilo; 3.2 Quebra x transferência do sigilo bancário; 3.3 Comunicação de crimes pelo Banco Central. 4. O Ministério Público: 4.1 Atribuições constitucionais; 4.2 Titularidade da ação penal pública; 4.3 Poder requisitório. 5. A contra-face do dever legal de comunicar a ocorrência de crimes. 6. Conclusão.

1. Introdução

A experiência constitucional e democrática brasileira tomou ventos fortes com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Editada logo após a derrocada do regime militar ditatorial e conhecida como a Constituição Cidadã, ela seria marcada pela defesa das liberdades individuais, pelo repúdio às arbitrariedades do poder estatal, pela maior participação popular, pela transparência na gestão da coisa pública etc. Entre os inúmeros direitos fundamentais do indivíduo, restaria estampado no art. 5º, inciso X, da Carta Política a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem das pessoas, garantido o direito à indenização resultante de eventual violação.

* Procurador do Banco Central, pós-graduado em Direito Público e pós-graduado em Direito Econômico da Regulação Financeira.

A norma é marcadamente de difícil concreção, pois reúne termos abstratos, dentre os quais destacamos para este trabalho a “vida privada” e a “intimidade”, defendidas de forma categórica independentemente do conteúdo que venha a lhes ser dado. Essa forma genérica é antes uma qualidade da norma, pois lançou no tempo inexaurível proteção do indivíduo, pelo menos enquanto “vida privada” e “intimidade” significarem alguma coisa para o conjunto da sociedade brasileira.

Na esfera econômica, sem demora, tais conceitos identificaram-se com o registro das operações financeiras ou do relacionamento bancário absolutamente comum ao cidadão na modernidade. De fato, tais registros podem traduzir aspectos do cotidiano e, sua divulgação, expor a intimidade das pessoas. O já ancestral conceito de sigilo bancário encontrava, assim, tutela no seio constitucional dos direitos fundamentais.

Não obstante a relevância desse fenômeno, sua disciplina legal era resumida e claramente insuficiente até a edição da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001. Nesse ponto, o legislador, já relativamente distante dos ares absolutistas do regime anterior, estava disposto a contribuir para a repressão da criminalidade por meio do rastreamento dos vestígios deixados por crimes, especialmente aqueles contra a administração ou o sistema financeiro nacional e aqueles de lavagem de dinheiro e de tráfico de entorpecentes.

Nesse mister, o legislador complementar fez constar importante inovação normativa: o dever do Banco Central do Brasil de informar ao Ministério Público a ocorrência de crimes definidos em lei como de ação pública, ou indícios de sua prática, verificados no exercício de suas atribuições, juntando à comunicação os documentos necessários (art. 9º da LC 105/2001). O Banco Central, assim, afastava-se da defesa do direito individual ao sigilo para colaborar com o combate à criminalidade, em atendimento ao interesse coletivo, público.

A novidade ainda resolveu um paradoxo insustentável que residia nas entranhas do Estado brasileiro. Ora, se esse Estado é responsável por fornecer paz, segurança, justiça, sendo para tanto o único legitimado a punir e repreender seus cidadãos, como até então permitia (e até obrigava!) que uma Autarquia, representante do Poder Público, guardasse em segredo os crimes de que tinha conhecimento? As instituições financeiras, os advogados e os padres ainda hoje podem alegar alguma espécie de dever de sigilo reconhecido pelo Direito ou pela Moral, decorrente do exercício da profissão. Mas o Estado já não pode perma-

necer inerte diante da conduta criminoso, em favor da integridade absoluta do direito individual ao sigilo, em detrimento do interesse coletivo na repressão aos ilícitos penais.

O parceiro do Banco Central nessa tarefa não foi escolhido por acaso. O Ministério Público é o titular da ação penal pública e detentor da *opinio delicti*. É o ente público adequado para, de posse das provas do ilícito, buscar no Judiciário a aplicação *in concreto* das sanções penais previstas para os tipos estampados *in abstracto* na norma incriminadora. É, sem dúvida, o maior responsável pela execução da política criminal do Estado, elaborada pelo Poder Legislativo.

Repita-se, por oportuno: essa parceria, que há muito até o mais leigo cidadão teria por óbvia, transformou-se no dever legal do Banco Central de comunicar ao Ministério Público a ocorrência de crimes, ou indícios de sua prática, por expressa previsão normativa contida na LC 105/2001.

Pela via contrária, poderia o Banco Central remeter as informações sigilosas que obteve no exercício de suas atribuições ao Ministério Público quando este se adianta e as requisita visando à formação da *opinio delicti*? A resposta é afirmativa.

O estudo pretende, a partir da razoabilidade e da teleologia de que se deve valer o intérprete, analisar a contra-face do art. 9º da LC 105/2001, de modo a verificar de que forma o poder requisitório do Ministério Público se conforma com o dever legal do Banco Central de informar a ocorrência de crimes. Será evidenciado que a hipótese não reflete novel modalidade de quebra do sigilo bancário, mas, sim, o exercício do mesmo dever legal a que estava jungido o Banco Central, por meio de procedimento diverso.

2. Sigilo bancário

2.1 Conceito e natureza jurídica

Inicialmente, tem-se por salutar alinhar breves linhas sobre o conceito e a natureza jurídica do sigilo bancário. Segundo Hélio Apoliano Cardoso¹, “o sigilo outra coisa não é senão o segredo profissional ou institucional oriundo do interesse público e social, sem esquecer que o segredo é a alma do negócio”.

1/ CARDOSO, Hélio Apoliano. *Do sigilo – breve teoria e jurisprudência*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 15.

Para Sérgio Carlos Covello², o sigilo bancário é “a obrigação que têm os Bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”.

Luiz Fernando Bellinetti³ define o sigilo bancário como o “dever jurídico que têm as instituições de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude da atividade bancária a que se dedicam”.

Segundo Arnoldo Wald⁴, “o sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, que tem merecido uma proteção mais ampla, ensejando sua violação caracterização como crime (art. 15 do CP)”.

Eivany A. Silva⁵ assevera que “o sigilo bancário é espécie do gênero ‘sigilo de dados’, constituindo um direito fundamental, protegido constitucionalmente, inserto que está no rol dos direitos e garantias individuais, ou seja, em ‘cláusulas pétreas’ da Carta Magna, não podendo, portanto, ser modificado nem mesmo por Emenda à Constituição e, portanto, muito menos, por legislação de hierarquia inferior”.

Não obstante a relevância dos conceitos apresentados, que muito revelam sobre o entendimento de cada autor, tem-se por tarefa mais importante, como afirma José Augusto Delgado⁶, reconhecer a natureza jurídica do sigilo bancário, haja vista a influência que exerce no relacionamento entre instituição financeira e depositante, não só por responder o que é, mas também por revelar como, por quem e quando sua quebra pode ser determinada.

Entre as diversas teorias sobre a natureza jurídica do sigilo bancário, destaca-se a teoria do direito à intimidade dos bancos, vertente que, como assinala Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho⁷, apesar de não obter respaldo na doutrina jurídica, encontrou lugar em algumas manifestações da jurisprudência brasileira⁸.

2/ COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 1991, p. 69.

3/ BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1996, v. 18, p. 144.

4/ WALD, Arnoldo. **O sigilo bancário no projeto de Lei Complementar n. 70**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: RT, p. 196.

5/ SILVA, Eivany A. Considerações a respeito do sigilo de dados. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 61/41-42.

6/ DELGADO, José Augusto. **O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

7/ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O sigilo bancário como corolário do direito à intimidade**. Teresina: Jus Navigandi, a. 9, n. 735, 10 jul. 2005.

8/ ROMS n. 9.918-Paraná, STJ, Relator Ministro Vicente Leal, publicado em 30 de outubro de 2000.

A maioria da doutrina e da jurisprudência pátrias, entretanto, filia-se à teoria do direito à privacidade. Na doutrina, destacam-se Sérgio Carlos Covello, Nelson Abrão, Roberto Quiroga Mosquera, Arnoldo Wald, José Augusto Delgado, Ives Gandra da Silva Martins, entre outros.

Para Sérgio Carlos Covello⁹, o sigilo bancário tem a mesma natureza jurídica do direito à intimidade, figurando entre os chamados direitos da personalidade. Tanto a intimidade quanto o sigilo bancário operariam como proteção da vida privada do indivíduo contra a interferência de terceiros.

Tendo por evidente que o direito ao sigilo bancário representa espécie de direito à privacidade, Roberto Quiroga Mosquera¹⁰ diz ser incontroverso que os dados e informações de natureza bancária se relacionam com o respeito à intimidade e à vida privada dos cidadãos. Informações sobre o aspecto financeiro do ser humano representariam direito íntimo e personalíssimo, devendo ser mantidas em sigilo por aqueles que eventualmente as detenham, em razão de sua atividade profissional.

Arnold Wald¹¹ vincula o sigilo bancário a um campo da privacidade, o econômico, pois vedaria a publicidade sobre a movimentação da conta corrente bancária e das aplicações financeiras.

Apontando claramente a raiz constitucional do sigilo bancário, Ives Gandra da Silva Martins¹² anota que, pelos incisos X e XII do art. 5º, tem o contribuinte o direito à preservação de sua intimidade, de sua privacidade e de que terceiros que detenham informações pessoais suas sejam obrigados a guardá-las.

A jurisprudência de nossos tribunais segue caminho idêntico, decidindo reiteradamente no sentido de que o sigilo bancário representa a defesa da privacidade do cidadão, prevista na Constituição Federal¹³.

Neste trabalho, também se entende o sigilo bancário como expressão do direito à privacidade, consoante abalizada doutrina e jurisprudência; registran-

9/ COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário como proteção à intimidade**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 88.

10/ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 70-71.

11/ WALD, Arnold. **O sigilo bancário e os direitos fundamentais**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas 22/24. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 1998, p. 15.

12/ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. v. 1. São Paulo: Dialética p. 24-25.

13 Do Superior Tribunal de Justiça, destacam-se os seguintes julgados: REsp. 124.272/RO – Rel. Min. Hélio Mosimann – DJ 2/2/1998; REsp. 124.272/RO – Rel. Min. Hélio Mosimann – DJ 2/2/1998; e REsp. 124.272/RO – Rel. Min. Hélio Mosimann – DJ 2/2/1998. Do Supremo Tribunal Federal, o RE 215.301/CE – Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/5/1999.

do-se, contudo, duas ressalvas: uma quanto ao conceito de privacidade e outra acerca da incidência do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Talvez porque os termos “intimidade” e “vida privada” se encontrem no mesmo dispositivo da Carta Política, é comum ver certa confusão entre os conceitos de intimidade e de privacidade, sendo tratados indistintamente nos textos jurídicos. Quando isso não ocorre, adota-se ora um ora outro como gênero do qual o outro é espécie.

Aqui, adota-se a posição de Tércio Sampaio Ferraz Junior¹⁴, para quem o “direito a privacidade é figura construída a partir da esfera privada, individual, em contraposição ao social e ao público-político. O terreno da individualidade é marcado pelo princípio da exclusividade, que comporta três atributos principais: a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emissor de informações). Caracteriza-se, pois, pela possibilidade de criar espaço particular, excluindo terceiros”.

Segundo o mesmo autor, no âmbito da privacidade, incluir-se-iam todos os elementos constantes do artigo 5º, inciso X, da CF, a saber: intimidade, vida privada, honra e imagem. A intimidade seria o mais exclusivo dos seus direitos, tratando-se daqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade, dado de foro íntimo, expressões de auto-estima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, pudores, enfim, dados que, quando constantes de processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança e que, se devassados, desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo a integridade moral do sujeito. Por vida privada, ter-se-iam os dados referentes às opções de convivência, como a escolha de amigos, a frequência de lugares, os relacionamentos familiares, ou seja, informações que, embora afetas à vida privada, particular, são transmitidas sem constrangimento – como nome, endereço, profissão, idade, estado civil etc.

O direito à privacidade garante a vida privada ao cidadão e tutela o sigilo das relações íntimas que se estabelecem envolvendo elemento dessa vida privada. Assim, por exemplo, a mera descrição do endereço de um indivíduo não afeta sua privacidade, mas a informação de que ele lá reside a fim de construir relaciona-

14/ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo bancário**. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais e de Arbitragem, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

mento com pessoa vizinha, sim. A informação de que alguém possui conta bancária, apesar de ser atividade corriqueira nos dias de hoje, pode malferir o direito à privacidade se a pessoa a mantém em nome de um filho publicamente não reconhecido e que, por alguma razão de foro íntimo, não deseja revelar a ninguém.

Quanto ao artigo 5º, inciso XII, da CF, tenho que o sigilo das informações bancárias não encontra nele fundamento constitucional de validade. Isso porque o objeto do mencionado inciso é a segurança das comunicações, e não das informações veiculadas nessas comunicações. Todo o dispositivo foi construído em torno da transferência de informações, seja por correspondência, seja por comunicações telegráficas, seja por comunicações telefônicas ou por transmissão de dados¹⁵.

Isso posto, tem-se por sigilo bancário a obrigação, decorrente do direito à privacidade previsto no artigo 5º, inciso X, da CF, de manter em segredo as informações bancárias que afetem a intimidade do indivíduo.

2.2 Conteúdo

A mera inserção do sigilo bancário no rol dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal não esclarece toda a abrangência de seu conteúdo. Definido seu conceito e natureza jurídica, resta saber qual o seu formato estabelecido pelo ordenamento jurídico brasileiro. É que a singela previsão constitucional não permite identificar, por exemplo, quais os sujeitos ativos e passivos do dever de sigilo, quais os dados por ele protegidos etc.

Inicialmente, é necessário considerar que o sigilo bancário, espécie do direito à privacidade, não é direito absoluto, assim como também não o são os demais direitos fundamentais. Todos eles cedem quando em confronto com outros interesses também constitucionalmente tutelados.

A evolução da doutrina dos direitos humanos, anota Juliana Garcia Belloque¹⁶, abraçou inafastável relativização das liberdades públicas, de modo a adequá-las às novas e complexas exigências sociais modernas, no sentido de conde-

15/ Nesse sentido, FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.* p. 15. Entendimento também desposado pelo Ministro Nelson Jobim no julgamento do RE 219.780/CE, de 10/9/2006.

16/ BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário – Análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 54.

nar o mau uso e o abuso dos direitos, principalmente quando esse uso indevido vai de encontro aos interesses da coletividade e do Estado Social Democrático de Direito. Passou-se da idéia do gozo absoluto dos direitos, até onde começam os direitos de terceiros, para aquela outra de gozo em conformidade com as finalidades sociais¹⁷.

A mesma autora cita Warren e Brandeis¹⁸ (*The right to privacy*, p. 214-216), para os quais a dignidade individual deve ceder ante as exigências do interesse público. Concluíram, de forma ampla, que a intimidade não tem o condão de impedir a divulgação daquilo que ostenta legítimo interesse da comunidade.

A definição do conteúdo do direito de privacidade e a imposição de limites a ele, aqui representado pelo sigilo bancário, devem considerar, de um lado, o reconhecimento da proteção ao sigilo bancário e, de outro, os interesses coletivos envolvidos (como justiça, segurança etc.), ponderando-os. Ou seja, deve observar o princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade, consoante elucida Davi Diniz Dantas¹⁹, surge da necessidade que advém de um problema prático: conflito entre dois ou mais princípios constitucionais em um caso concreto. Para ele, já que um dos princípios fundamentais da ordem constitucional é o princípio da unidade da Constituição e sabendo-se que entre normas da Lei Maior não existe estrutura hierárquica que possibilite estabelecer *a priori* uma relação de prioridade entre princípios, a questão com que se depara o aplicador é a de como lograr atingir a “concordância prática” entre esses valores conflitantes. A questão adquire um complicador estrutural: a formatação “principal” de muitas normas constitucionais, como aquelas consagradoras dos direitos fundamentais.

A solução reside em harmonizá-los, ora privilegiando um, ora outro, sopesando os interesses envolvidos no caso sem que nenhum deles seja totalmente objurgado, mantendo-se assim o núcleo do princípio “preterido” naquela circunstância.

Por outro aspecto, como bem apresenta Suzana de Toledo Barros²⁰, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma das idéias fundantes da Constituição, com função de complementaridade em relação ao princípio da reserva legal

17/ Corroborando a assertiva, cita-se RE 219.780/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10/9/1999.

18/ *Apud* BELLOQUE, Juliana Garcia. *Op. cit.* p. 54.

19/ DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005, p. 273-274.

20/ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 1996, p. 89.

(artigo 5º, II, da CF). Essa afirmação deve-se ao fato de que a ação do Poder Público deve ser conforme a lei formal e de que essa deve ter como parâmetro a proporcionalidade, pois o legislador não está liberto de limites quando elabora as normas, mormente quando elas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental.

Assim, não só a decisão judicial, mas também a lei, deve ser conformadora dessa ponderação entre direitos de igual hierarquia, principalmente quando se trata da atuação do Poder Público, regido pelo princípio da legalidade estrita.

Como anota Gilmar Ferreira Mendes²¹, reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. Explica ele que, “não raras vezes, as normas legais se destinam a completar, densificar e concretizar direito fundamental. É o que se verifica, *v.g.*, em regra, na disciplina ordinária do direito de propriedade material e intelectual, do direito de sucessões (CF, art. 5º, XXII-XXXI), no âmbito da proteção ao consumidor (CF, art. 5º, XXXII), e do direito à proteção judiciária (CF, art. 5º, XXXV, LXVII-LXXII)”²².

É o que ocorre com o direito à intimidade (CF, art. 5º, X) em seu viés econômico, representado pelo sigilo bancário, cujo conteúdo resta desenhado pela LC 105/2001.

3. Lei Complementar nº 105/2001

A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, é o primeiro diploma legal da história brasileira destinado especialmente à regulamentação do sigilo bancário. Como destacado em sua ementa, dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, além de dar outras providências.

Apesar de ter revogado expressamente o artigo 38 da Lei 4.595/1964, o legislador complementar optou por reproduzir integralmente o *caput* desse dispositivo no artigo 1º da LC 105/2001, de modo a demonstrar, logo a princípio, que o novo diploma legal viera para consolidar a legislação sobre o sigilo bancário. Coincidência de termos como essa ocorre novamente, mas, em geral, a LC não só é mais descritiva, como também inova ao regulamentar a matéria.

21/ MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvados, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, agosto, 2001.

22/ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 214.

Perceba-se, por exemplo, que a norma complementar cuidou de discriminar os sujeitos primários do dever legal de sigilo. Após reafirmar que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e nos serviços prestados, passa a enumerar quais entidades, para tal fim, devem ser consideradas instituições financeiras (LC 105/2001, art. 1º, §2º).

De forma semelhante, após estabelecer que o Poder Executivo disciplinará critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços (LC 105/2001, art. 1º, §2º), a norma complementar exemplifica as operações financeiras a que se refere (LC 105/2001, art. 5º, §1º).

Ainda como exemplo do caráter descritivo da Lei Complementar, destaca-se a relação de crimes em que a quebra do sigilo bancário deve, em especial, ser decretada (LC 105/2001, art. 1º, §4º).

Em todos esses casos, o legislador preferiu não arrolar exaustivamente as hipóteses de incidência da norma. Ao contrário, autorizou que elas fossem integradas pelo Poder Executivo, por órgãos federais e por entidades da Administração Indireta, ou estendidas pelos órgãos competentes para a quebra do sigilo bancário, tanto para ampliar o rol das entidades a serem consideradas instituições financeiras e das operações que elas deverão informar à administração tributária, como para definir as investigações criminais que exigem documentos acobertados pelo sigilo.

A norma é taxativa, entretanto, ao determinar quais casos não constituem violação ao dever de sigilo (LC 105/2001, art. 1º, §3º) e, aqui, ela inova em face do artigo 38 da Lei 4.595/1964.

É verdade, como anota Maurício Zanoide de Moraes²³, que a troca de informações entre instituições financeiras por meio das centrais de risco já ocorria antes da edição da LC 105/2001, o mesmo podendo ser dito em relação ao fornecimento de informações constantes de cadastro de inadimplentes, à prestação das informações necessárias à identificação dos contribuintes da CPMF à Secretaria da Receita Federal etc.

Entretanto, além do viés consolidador da norma, algumas novidades foram introduzidas, como a atribuição do Banco Central do Brasil para, ao verificar a

23/ MORAES, Maurício Zanoide. *Crônica de uma inconstitucionalidade anunciada*. Boletim IBCCRIM, ano 8, n. 100, março de 2001, p. 2.

ocorrência de crime definido em lei como de ação pública ou o indício da prática de tais crimes, informar ao Ministério Público, juntando a documentação necessária à comprovação ou apuração dos fatos (LC 105/2001, art. 9º).

3.1 Sujeitos do dever de sigilo

O sujeito ativo do direito ao sigilo bancário é toda pessoa física ou jurídica que deposita em instituição financeira informações bancárias que digam respeito à sua esfera de intimidade, cuja publicidade lhe causaria prejuízos morais e psicológicos, malferindo seu direito constitucional de privacidade.

O titular desse direito não é necessariamente o cliente das instituições financeiras, pois, como visto, sua natureza jurídica não decorre do contrato entre eles estabelecido, mas de expressa determinação constitucional. Poderá, pois, ser titular do direito aquele que ainda não é cliente, mas que tenha fornecido dados sigilosos ao banco, por exemplo, o indivíduo que tenha iniciado tratativas com a instituição financeira visando futura obtenção de crédito.

Por sua vez, entende-se por sujeito passivo do dever de sigilo todo aquele que teve acesso a informações bancárias que digam respeito à esfera de intimidade de outra pessoa e cuja publicidade cause a esta prejuízos morais e psicológicos, malferindo seu direito constitucional de privacidade.

Nesse contexto, as instituições financeiras são sujeitos passivos primários e lógicos dessa obrigação. Isso porque tais entidades são as primeiras a disporem da informação sigilosa e a possuem como decorrência lógica do ofício que exercem. É, aliás, a natureza desse ofício que qualifica a espécie de sigilo em debate e a diferencia do sigilo imposto a outras profissões, sendo possível concluir que as instituições financeiras são as detentoras naturais do dever de sigilo bancário.

Apaziguando controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, a LC 105/2001, art. 1º, §1º, definiu as instituições financeiras sujeitas ao sigilo bancário. Essas, entretanto, não são as únicas obrigadas ao sigilo. Compatibilizando o direito à privacidade com o interesse público em obter informações bancárias, seja para fins penais, seja para fins administrativos, a LC 105/2001 permitiu que a elas outros entes tivessem acesso. É o caso do Banco Central, em relação às informações que obtiver no exercício de suas atribuições, e da Comissão de Valores

Mobiliários, quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, aí incluídas as instituições financeiras que sejam companhias abertas.

Também os órgãos do Poder Judiciário terão acesso às informações protegidas pelo sigilo, requerendo-as diretamente às instituições financeiras ou por intermédio do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão se servir para fins estranhos à lide.

O BC, a CVM e as instituições financeiras ainda deverão fornecer os documentos e informações sigilosas que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício das competências legais e constitucionais do Poder Legislativo, desde que o requerimento seja aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou pelo plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.

Já a Advocacia-Geral da União não poderá solicitar tais informações diretamente às instituições financeiras, mas receberá aquelas que o BC e a CVM já detiverem e forem necessárias à defesa da União nas ações em que esta seja parte.

O Ministério Público também não pode requerer informações e documentos acobertados pelo sigilo bancário diretamente às instituições financeiras, mas os receberá do BC e da CVM quando verificada a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios de sua prática.

A todos esses entes públicos, o acesso às informações sigilosas foi viabilizado pela LC 105/2001, visando a conceder-lhes os instrumentos necessários à execução de suas atribuições legais e constitucionais. Aos Poderes Judiciário e Legislativo para incrementar a efetividade de processos e investigações sob seu exame; ao BC e à CVM, para viabilizar a escorreita fiscalização nas áreas de suas respectivas competências etc.

Outra característica comum a esse segundo rol de sujeitos passivos do dever de sigilo é que eles não possuem originariamente a informação sobre as operações bancárias, devendo buscá-la junto às instituições financeiras.

Acrescente-se a esses dois grupos as pessoas que respondem por extensão ao dever de sigilo. São os funcionários da instituição financeira e os servidores públicos que tomam ciência das informações de clientes e de terceiros no exercício de sua atividade e que, pela violação, respondem penalmente (art. 10 e 11, LC

105/2001) e disciplinarmente (art. 482, g, da CLT ou, se funcionários públicos federais, art. 132, IX, da Lei 8.112/1990).

Não obstante, como bem anota Juliana Belloque²⁴, a violação do sigilo por essas pessoas atinge a própria pessoa jurídica da qual elas fazem parte, que, apesar de não responder criminalmente pela violação do sigilo, é por ela responsável civilmente de forma solidária, devendo indenizar os danos materiais e morais causados pela revelação indevida.

3.2 Quebra x transferência do sigilo bancário

Existe na doutrina discussão relevante sobre o emprego das terminologias “quebra” e “transferência” do sigilo bancário. Para o Procurador da Fazenda Nacional Oswaldo Othon de Saraiva Filho²⁵, o sigilo bancário não é quebrado, mas, apenas, transferido à responsabilidade da autoridade administrativa solicitante e dos agentes fiscais que a eles tenham acesso no restrito exercício de suas funções.

No mesmo sentido, destaca Aylton Dutra Leal²⁶ que é preciso considerar a nítida diferença existente entre quebra de sigilo bancário propriamente dita e mera transferência de informações bancárias, protegidas por sigilo, a órgãos e entidades que já estão obrigados por lei a mantê-las em sigilo. Na simples transferência de informações, preserva-se a garantia do direito individual insculpido no art. 5º, X, da Constituição Federal, porque, forçosamente, os dados permanecerão em segredo, ao passo que, na quebra de sigilo propriamente dita, poderá haver exposição ou divulgação de informações ligadas à vida privada, à intimidade das pessoas.

Por outro lado, Paulo Quezado²⁷ adota entendimento diverso. Para ele, o sigilo bancário não é e nunca será transferido, pois transferir significa mudar de um lugar para outro, o que não seria o caso. O autor ainda diverge da expressão “quebra” do sigilo bancário, preferindo adotar o termo “exceção” do sigilo.

24/ *Op. cit.* p. 68.

25/ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de. **Sigilo bancário e a administração tributária**. *Apud* QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Quebra de sigilo bancário: uma análise constitucional (doutrina e jurisprudência). Fortaleza: ABC Fortaleza, 1999, p. 15.

26/ LEAL, Dutra Aylton. **Sigilo bancário e a administração tributária federal**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/EstTributarios/direitotributario/AdministracaoSigilo.htm>>. Acessado em 29 de maio de 2006.

27/ QUEZADO, Paulo Napoleão Gonçalves; LIMA, Rogério Silva. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 15-17.

Não obstante as críticas doutrinárias, a LC 105/2001 reforçou o emprego do termo “quebra” do sigilo bancário já constante do artigo 38 da Lei 4.595, e novamente foi utilizada essa expressão para a tipificação criminal da conduta violadora do sigilo.

No que tange ao debate entre “exceção” e “quebra” do sigilo bancário, é importante ter em mente que ambos os termos se referem ao mesmo fenômeno, qual seja, a composição de interesses realizada por meio do princípio da proporcionalidade que resulta na dissolução do caráter absoluto do sigilo bancário. Não se pode negar que essa medida deve ser considerada excepcional, já que decorrente da ponderação de interesses envolvendo direitos fundamentais, o que justificaria o emprego do termo “exceção”. Por outro lado, alterar a denominação clássica do fenômeno adotada pelo texto legislativo causaria enormes discussões em sede doutrinária e jurisprudencial, como sói ocorrer na comunidade jurídica pátria. Por tudo isso, tais expressões serão aqui tratadas e empregadas indistintamente.

Já quanto ao conceito de “transferência” de sigilo bancário, em comparação com o termo “quebra”, a conclusão deve ser diferente, mas não como sugerem os autores acima citados. Esses, como visto, acreditam que entre entidades já obrigadas ao sigilo ocorre mera transferência de sigilo, e não quebra do sigilo. A LC 105/2001, todavia, denominou como “quebra” todo o trânsito lícito de informações bancárias sigilosas, sem exceção, como facilmente se percebe do artigo 10 supracitado.

Neste trabalho, restringir-se-á o conceito de transferência do sigilo bancário à espécie de quebra do sigilo bancário em que o trânsito de informações bancárias sigilosas ocorre entre sujeitos passivos secundários do dever de sigilo, ou seja, entre os órgãos públicos. Obviamente, esses entes públicos são obrigados a manter o sigilo, mas a característica peculiar à transferência é outra, qual seja, o fato de esses dados bancários já terem sido obtidos junto às instituições financeiras pelo poder público em razão do interesse coletivo. Trata-se, pois, de comunicação administrativa entre órgãos ou entes públicos sempre destinada à execução de suas atribuições legais e constitucionais, como previsto pela LC 105/2001.

Assim, por exemplo, a Comissão de Valores Mobiliários transfere as informações que detiver, em virtude da fiscalização que exerce, das operações e serviços no mercado de valores mobiliários (art. 8º da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976; e art. 2º, §3º, da LC 105/2001) à Advocacia-Geral da União, para que esta

defenda os interesses da União em juízo (art. 1º da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993; e art. 3º, §3º, da LC 105/2001).

Veja-se, pois, a tríplice restrição que se impõe a essa espécie de quebra do sigilo bancário. A primeira, subjetiva, limita a transferência do sigilo aos entes públicos, previstos na LC 105/2001. A segunda é causal e restringe os dados àqueles já obtidos como decorrência das atribuições legais e constitucionais do ente público. A terceira é finalística e impõe que o fornecimento da informação vise a auxiliar o exercício das atribuições também legais e constitucionais do receptor. A transferência do sigilo bancário é, por tudo isso, absolutamente vinculada à Lei e compatível com o interesse público nela consubstanciado.

3.3 Comunicação de crimes pelo Banco Central

A Constituição Federal de 1988, reconhecendo o papel basilar exercido pelo sistema financeiro no Estado brasileiro, atribuiu-lhe²⁸ tarefas nada ordinárias: promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade. Nesse mister, o Sistema Financeiro Nacional (SFN) será regulado por leis complementares, encontrando-se em vigor a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, recepcionada²⁹ pela CF com *status* de norma complementar e criadora do Banco Central do Brasil, discriminando as suas atribuições (art. 10 da Lei 4.595, de 1964).

Não obstante a relevância de todas as atribuições do Banco Central para a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e para a comunidade, uma delas recebeu especial destaque no que se refere à legislação sobre o sigilo bancário. Como se vê no art. 11, §1º, incluído pelo Del. 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, o legislador teve por bem salientar que, no exercício da fiscalização das instituições financeiras, o BC poderia ter acesso às informações eventualmente

28/ Constituição Federal, art. 192: "O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram."

29/ Nesse sentido ADI-MC 1376/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 31/8/2001.

protegidas pelo sigilo bancário. O mesmo cuidado teve o legislador complementar, quando da edição da LC 105/2001 (art. 2º, §1º, incisos I e II).

Isso porque o acesso às operações passivas e ativas das instituições é inerente ao exercício da fiscalização das instituições financeiras, de tal forma que, ainda que não houvesse a expressa previsão normativa, seria possível defender o seu livre acesso a essas informações. Seria difícil o BC assegurar a higidez do SFN, por exemplo, sem poder observar a qualidade das operações nele realizadas pelas instituições financeiras. Ou o Banco Central tem acesso aos dados bancários protegidos pelo sigilo bancário, ou ele não executa a contento sua atribuição legal e constitucional, de interesse incontestado da sociedade.

Uma vez que os dados obtidos pela área de fiscalização do BC muito frequentemente comprovam ou auxiliam a comprovação de crimes no âmbito do SFN e diante do crescente prejuízo que esses ilícitos infligem à sociedade brasileira, dentre as hipóteses de transferência do sigilo bancário previstas pela LC 105/2001 está a comunicação entre o Banco Central e o Ministério Público, na forma descrita pelo artigo 9º dessa norma complementar.

O Banco Central deve, portanto, transferir ao Ministério Público as informações sigilosas que já detém em razão de suas atribuições, quando verificar a ocorrência de crime, ou indício de crime, sujeito à ação penal pública. Isso para cooperar com o ente público responsável pela persecução penal e titular da ação penal pública no combate a crimes como lavagem de dinheiro, gestão temerária, evasão de divisas etc.

Dados do Banco Central demonstram sua significativa colaboração com o Ministério Público, principalmente nos últimos dez anos, período em que foram realizadas aproximadamente novecentas comunicações por ano³⁰. A principal incidência é de crimes conhecidos por “crimes do colarinho branco”, como desvio de recursos e evasão de divisas.

A competência para efetuar a comunicação, originalmente do Presidente do Banco Central (art. 9º, §1º, da LC 105/2001), foi por este delegada aos Diretores, no âmbito de suas atribuições. Em todos os casos, será ouvida a Procuradoria-Geral do Banco Central, órgão responsável por desempenhar as atividades de consultoria e assessoria de natureza jurídica no âmbito da Autarquia (art. 4º da Lei 9.650, de 27 de maio de 1998; e art. 36, II, do Regimento Interno do Banco Central).

30/ Fonte: Banco Central do Brasil, site www.bcb.gov.br/?CFEST, acessado em 9 de novembro de 2006.

As áreas técnicas do BC, portanto, ao se depararem com documentos e informações que lhes pareçam configuradores de crime ou indiciários de crime, enviarão os dados à Procuradoria-Geral para análise jurídica, em especial quanto à tipicidade. Feito isso, o Diretor do Banco Central responsável pela área de origem das informações as encaminhará ao Ministério Público.

Nesse procedimento, o papel da Procuradoria-Geral representa garantia adicional ao cidadão. A apreciação jurídica realizada por esse órgão certifica que só serão transferidos ao Ministério Público os dados bancários sigilosos que efetivamente colaborem com a persecução penal a cargo do *parquet*, tutelando o direito à privacidade integral daqueles indivíduos que não tenham praticado condutas penalmente tipificadas.

A tarefa é realizada por procuradores do BC, membros da Advocacia Pública responsáveis pela consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo (art. 131 da Constituição Federal). São servidores públicos de carreira aprovados em concurso público que possuem a capacidade técnica e a isenção exigidas para o caso.

A legalidade do envio dos dados bancários sigilosos pelo Banco Central ao Ministério Público já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 24.577/PE, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 1/3/2004).

4. O Ministério Público

4.1 Atribuições constitucionais

O Ministério Público (MP), juntamente com a Advocacia Pública, tem suas atribuições expressas no Capítulo IV da Constituição Federal, intitulado “Das Funções Essenciais à Justiça”. Diz o art. 127 ser o MP instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Vê-se, pois, como ressalta Júlio Aurélio Vianna Lopes³¹, que para a Constituição Federal de 1988 o MP é instituição de máximo valor. As incumbências a ele

31/ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Democracia e cidadania**. O novo Ministério Público brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2000, p. 35.

deferidas fundamentam sua explícita qualificação como permanente, indicando vinculação íntima com o Estado Democrático de Direito que se busca instituir, de modo até a vedar sua eventual supressão numa reforma constitucional.

Nesse sentido também disserta João Francisco Sauwen Filho. Para ele³², o Constituinte, partindo do pressuposto de que o Estado atual é permanentemente compelido a realizar o cidadão na sociedade por ele organizada, reconhecendo-lhe direitos, defendendo seus legítimos interesses, preservando a ordem jurídica e o próprio regime democrático, reconheceu ao Ministério Público o caráter de órgão governamental permanente, por meio do qual manifesta, sem solução de continuidade, a sua soberania para atender a esses misteres.

Segundo José Eduardo Sabo Paes³³, atribuindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, pode-se afirmar, longe de dúvidas, que compete à instituição a “defesa da ordem constitucional”, onde quer que esta se encontre ameaçada. Não se esgota na defesa da legalidade, mas, sim, alcança todos os atos em qualquer relação jurídica levada à prestação jurisdicional.

Hugo Nigro Mazzilli³⁴ prefere uma interpretação mais restrita. A expressão “defesa da ordem jurídica” não significaria que o MP deva zelar pelo cumprimento de cada uma das leis do País, mas, sim, daquelas que se insiram dentro das finalidades gerais da instituição. A destinação constitucional do Ministério Público deve ser compreendida à luz dos demais dispositivos da Carta Magna que disciplinam a sua atividade, em especial a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de forma que a defesa da ordem jurídica realizada pelo MP deve estar aliada ao papel de defensor dos interesses sociais e públicos. Corroboram esse entendimento Sauwen Filho³⁵ e Santin³⁶, dos quais este ainda acrescenta que, em relação a outros aspectos da ordem jurídica, a defesa administrativa e judicial do Estado-Administração e da Fazenda Pública é feita por outras instituições estatais, como a Advocacia Pública.

32/ SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199.

33/ PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 276.

34/ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 147-148.

35/ SAUWEN FILHO, João Francisco. *Op. cit.* p. 202.

36/ SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. São Paulo: Edipro, 2001, p. 194.

4.2 Titularidade da ação penal pública

O art. 129, inciso I, da Constituição Federal outorgou ao Ministério Público a função privativa de promover, na forma da lei, a ação penal pública. Trata-se de legitimidade política e processual, como assevera Santin³⁷. A legitimidade política decorre do preceito constitucional, oriundo da vontade popular expressa pelos constituintes. A processual diz respeito ao exercício da pretensão punitiva em nome do Estado, titular do direito material e de ação.

Assim, entre a norma penal que cria o tipo penal abstrato e a autoridade judiciária que aplica a sanção, a Constituição Federal inseriu o Ministério Público. O *parquet*, por meio da investigação e da coleta de dados, quando vislumbrar a prática de conduta penalmente tipificada por norma, deverá apresentar ao Poder Judiciário a competente ação penal pública, buscando a repressão da criminalidade pela condenação judicial.

O MP exerce, pois, por expressa determinação constitucional, a convicção sobre a existência de justa causa para a propositura da ação penal pública (*opinio delicti*). É ele quem averigua a pertinência e a relevância das provas obtidas para o ajuizamento ou não da ação.

A atividade, entretanto, não é exercida de maneira absolutamente desvinculada. Como bem assevera Diaulas Costa Ribeiro, o Ministério Público, “tal como o juiz na garantia dos direitos individuais, busca assegurar os interesses sociais com objetividade ‘na medida em que é orientado, da mesma maneira (que os juízes) para o valor jurídico’. Em sua condição de magistratura, tem o dever de impedir injustiças contra o acusado, comprometendo-se com o respeito a seus direitos individuais. Seu dever ético-funcional faz com que assim haja, tanto em relação à sociedade quanto em relação ao indivíduo. ‘Não é função do Ministério Público, com efeito, sustentar a todo o custo a acusação contra o argüido; (...) não recai sobre aquele, digamos assim, um dever de acusação, mas antes um dever de objetividade: ele não é parte, pelo menos no sentido de que não possui um interesse necessariamente contraposto ao do argüido”³⁸.

37/ *Op. cit.* p. 212.

38/ RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 110-111.

4.3 Poder requisitório

O poder requisitório do Ministério Público tem fundamento constitucional (art. 129, incisos VI e VIII, da CF) e infraconstitucional (arts. 7º e 8º da Lei Complementar 75/1993; arts. 26 e 80 da Lei 8.625/1993; arts. 8º e 10 da Lei 7.347/1985; art. 13, II, do Código Penal Brasileiro; art. 201, VI, da Lei 8.069/1990) e está intimamente ligado a sua atribuição constitucional de promover privativamente a ação penal pública. É que, por essa via, o MP tem acesso às informações necessárias à formação da *opinio delicti*. Trata-se de instrumento fornecido ao MP pela Constituição Federal, seguida pela legislação infraconstitucional, para o exercício de suas atribuições.

Refuta-se, de pronto, a alegação de que as atividades relativas à coleta de informação e à investigação devam ser limitadas à autoridade policial. Primeiro porque a ação penal pode ser ajuizada diretamente pelo MP sem a instauração de inquérito policial, sem qualquer prestação de informações pela polícia.

Ademais, o art. 4º do Código de Processo Penal expressamente informa que as atividades de polícia judiciária podem ser deferidas por lei a outras autoridades administrativas. Tal delegação encontra-se expressa nos dispositivos de Lei mencionados acima.

Tem-se por evidente, ainda, que subugar o exercício das atribuições do Ministério Público a órgãos alheios àquela instituição significaria reduzir a notória autonomia do MP, uma vez que as suas investigações e, conseqüentemente, a sua convicção seriam restringidas.

A jurisprudência de nossos Tribunais Superiores também é firme ao destacar o papel do poder requisitório do Ministério Público para o exercício das atribuições constitucionais a ele outorgadas³⁹.

39/ Do STJ, cita-se: HC 40.827/MG, Ministro FELIX FISCHER, DJ 26/9/2005 p. 417; HC 38.347/PR, Ministra LAURITA VAZ, DJ 8/8/2005 p. 308; e HC 47.752/PE, Ministro FELIX FISCHER, DJ 6/3/2006 p. 423. Do STF: HC 68.242/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/3/1991, p. 296. Ainda nessa Suprema Corte, merece destaque a discussão ainda em andamento nos autos do Inquérito 1.968-2/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, acerca da amplitude do poder investigativo do Ministério Público.

4.3.1 Requisição de informações sigilosas

O poder requisitório do Ministério Público estende-se aos dados considerados sigilosos, salvo quando houver exigência constitucional de prévia decisão judicial. O dever de sigilo é transferido ao MP, que responderá civil e penalmente pelo uso ilícito ou indevido das informações. É o que prevê o art. 8º, §1º, da Lei Complementar 75, de 1993 (LOMPU), e também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴⁰.

Em se tratando de sigilo bancário, resta saber se a obtenção das informações bancárias protegidas pelo dever de sigilo requer, por determinação constitucional, prévia determinação judicial. Apesar de alguma controvérsia, a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante mantêm orientação no sentido de que a quebra do sigilo bancário, fora das hipóteses previstas pela Lei Complementar 105/2001, requer determinação judicial.

Segundo Melissa Folmann⁴¹, para alguns a resposta parte da premissa de que o sigilo bancário se encontra inserido no termo “dados” do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal; portanto, só pode ser flexibilizado por ordem judicial. Outros⁴² desvinculam-se da singela interpretação literal do dispositivo constitucional para concluir que a restrição ao direito à intimidade decorrente da quebra do sigilo bancário só pode ser realizada pelo Poder Judiciário, em razão da posição desse Poder na estrutura do Estado.

De qualquer forma, a discussão parece estar resolvida no âmbito dos tribunais, em especial nos tribunais responsáveis pela uniformização do entendimento legal e constitucional, que entendem ser hipótese de reserva de jurisdição⁴³.

40/ HC 68.242/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/3/1991, p. 296.

41/ FOLMANN, Melissa. **Sigilo de dados e a Lei Complementar 105/2001**. Jurisprudência Brasileira, 197. Editora Afiliada, 2003, p. 69.

42/ *Op. cit.* p. 122.

43/ Do STJ; MC 7.492/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 2/8/2004; e RMS 15.250/SC, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 15/12/2003. Do STF: RE 215.301/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/5/1999.

5. A contra-face do dever legal de comunicar a ocorrência de crimes

Como visto aqui, a requisição do Ministério Público é o meio utilizado pelo *parquet* para formar ou robustecer o conjunto probatório que ampara sua convicção sobre a prática de conduta descrita no tipo penal como crime ou para fortalecer aquele conjunto já existente nos autos de processo em andamento.

É sabido, entretanto, que a jurisprudência e a doutrina dominantes não reconhecem ao Ministério Público legitimidade para requerer diretamente às instituições financeiras as informações bancárias que subsidiariam a formação da *opinio delicti* ou fortaleceriam a instrução processual. Tampouco a LC 105/2001 delegou tal atribuição ao *parquet*. A norma complementar não previu a quebra do sigilo bancário por meio de requisição ministerial e ainda condenou qualquer outra hipótese de quebra além daquelas expressas em seu texto (art. 10 da LC 105/2001). Não há dúvida, portanto, de que o MP não pode determinar a quebra do sigilo bancário.

A Lei Complementar 105, de 2001, entretanto, não vetou totalmente o acesso do Ministério Público às informações bancárias sigilosas relacionadas à prática de eventuais crimes. Muito pelo contrário, ele é evidentemente o destinatário final desses dados, nos casos em que o sigilo bancário é excepcionado em favor do interesse público na repressão dos ilícitos penais. Todavia, para o órgão ministerial, o acesso aos dados sigilosos só é realizado indiretamente, seja por meio de solicitação à autoridade judicial, seja por meio do recebimento dos documentos que acompanham o relatório final das CPIs, seja por meio da recepção de comunicação de crimes efetuada pelo Banco Central etc. Nesse último caso, nada obsta que o Ministério Público, por via requisitória, provoque o Banco Central a exercer o seu dever fixado no multicitado art. 9º da LC 105/2001, de forma que a Autarquia lhe remeta os dados bancários que tenha obtido no exercício de suas atribuições e que estes comprovem ou indiquem a prática criminosa.

Essa é a conclusão lógica a que se chega, respeitada a teleologia da norma e a sistemática legal. Ora, conjugando-se, de um lado, o dever legal e constitucional do Ministério Público de promover privativamente a ação penal pública e o seu poder requisitório com, de outro lado, o dever do Banco Central de informar a verificação de supostos crimes, não se pode pretender que o *parquet* se mante-

nha inerte quando acreditar que a Autarquia possua documentos que comprovem a ocorrência de crime.

Não se trata de conceder ao Ministério Público o poder para determinar a quebra do sigilo bancário. Ao contrário, considerando que o Ministério Público não tem esse poder e que, por determinação legal, já recai sobre o BC a obrigação de encaminhar ao MP tais dados bancários sigilosos, é forçoso concluir que o único objeto legal e constitucional da requisição ministerial nesse caso é o cumprimento pelo BC do disposto no art. 9º da LC 105/2001. De forma que o encaminhamento das informações solicitadas não se dará por força da requisição, mas em atenção ao mencionado dispositivo de lei complementar. A requisição, portanto, em nada inova ou acrescenta ao dever de comunicar, apenas incita a Autarquia a examinar os dados solicitados e a perquirir se eles caracterizam a ocorrência de crime ou indícios de sua prática. Em caso positivo, a remessa das informações bancárias dar-se-á em atendimento ao art. 9º da LC 105/2001, ainda que o exame tenha sido realizado por provocação do Ministério Público.

Sendo assim, a requisição ministerial não tem o condão de modificar o procedimento estabelecido para a comunicação de crimes pelo Banco Central, salvo quanto à iniciativa. As áreas técnicas do BC reunirão as informações solicitadas e, novamente, a Procuradoria-Geral do Banco Central procederá à análise jurídica a seu cargo, com detida atenção quanto à tipicidade, garantindo que só serão transferidos ao Ministério Público os dados bancários sigilosos que efetivamente colaborem com a persecução penal a cargo do *parquet*, e não necessariamente todos os dados pedidos pelo MP, tutelando-se, dessa forma, o direito à privacidade integral daqueles indivíduos que não tenham praticado condutas penalmente tipificadas. Em seguida, o Presidente do BC realizará a comunicação administrativa, permitida a delegação.

É necessário lembrar, ainda, que a LC 105/2001 procurou fortalecer a atuação dos órgãos públicos na repressão aos ilícitos penais. Com esse intuito, a comunicação de crimes pelo Banco Central afastou a Autarquia da defesa absoluta do direito individual ao sigilo bancário para impor a sua colaboração no combate à criminalidade, em atendimento ao interesse coletivo e em parceria com o Ministério Público, que é titular da ação penal pública e detentor da *opinio delicti*. Dentro dessa colaboração, a requisição do MP que provoca a atuação da Autar-

quia encontra-se em plena harmonia com os desígnios da LC 105/2001, pois incentiva o diálogo entre as instituições em prol do interesse público.

Nesse diapasão, é possível e desejável, ainda, que o órgão ministerial encaminhe ao Banco Central elementos fáticos que permitam à Autarquia verificar a contribuição dos dados solicitados para a comprovação do fato típico. Isso porque alguns registros bancários podem não demonstrar, por si mesmos, a ocorrência de crimes ou indícios de sua prática; porém, quando em confronto com outras informações, podem revelar a ilicitude da conduta.

A questão que se apresenta é nova e por demais peculiar, razão pela qual sua discussão em âmbito judicial é pouco expressiva. Merece destaque, entretanto, o julgamento pelo STJ do HC 24.577/PE, de relatoria do Ministro Paulo Medina e publicado no Diário de Justiça de 1/3/2004, do qual se destaca o Voto-Vista do Ministro Hamilton Carvalhido, acompanhando o Relator. O entendimento do Ministro é pela legalidade da transferência do sigilo bancário, em virtude da comunhão entre a atribuição legal do Banco Central (art. 9º da LC 105/2001) e o poder requisitório do Ministério Público (art. 8º da LC 75/1993).

6. Conclusão

O dever do Banco Central de transferir o sigilo bancário ao Ministério Público nos casos em que a Autarquia, no exercício de suas atribuições, verifica a ocorrência de crimes, ou indícios de sua prática (art. 9º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001), coaduna-se com o poder requisitório do órgão ministerial (art. 8º da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993).

Não obstante a requisição pelo *parquet* de dados acobertados pelo sigilo não ter o poder de determinar a quebra do sigilo bancário, ela tem o condão de provocar o exame, pelo Banco Central, das informações solicitadas, que somente serão remetidas ao Ministério Público se preenchidos os requisitos da LC 105/2001, especialmente os definidos em seu art. 9º.

Isso porque, considerados os poderes e atribuições legais e constitucionais do Ministério Público, não se pode obstaculizar a iniciativa do *parquet* de buscar as informações que julgue necessárias à formação da *opinio delicti* ou ao forta-

lecimento da instrução processual. Alie-se a esse fato a cooperação que deve ser estabelecida entre o Banco Central e o MP na repressão aos ilícitos penais.

Nesse caso, portanto, tem o Banco Central o dever de, em atendimento à requisição do Ministério Público, examinar os requisitos definidos para a transferência do sigilo bancário com base no art. 9º da LC 105/2001 e, em seguida, remeter ao órgão ministerial as informações que possui em razão do exercício de suas atribuições.

Referências

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, Antonio Franco da. **Funções institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade de ponderação de interesses**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. **O poder econômico perante o Direito**. São Paulo: LTr, 1996.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Limitações legais ao sigilo bancário**. Revista do Direito do Consumidor. v. 18. São Paulo: RT, 1996.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O sigilo bancário como corolário do direito à intimidade**. Teresina: Jus Navigandi, a. 9, n. 735, 10 jul. 2005.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Do sigilo – breve teoria e jurisprudência**. Campinas: Bookseller, 2002.

COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. 2. ed. São Paulo: Leud, 1991.

_____. **O sigilo bancário como proteção à intimidade**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 648, out/89.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.

DELGADO, José Augusto. **O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo bancário**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, v. 4, n. 14, p. 13-27, out./dez. 2001.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo de dados e a Lei Complementar 105/2001**. Jurisprudência Brasileira, 197. Editora Afiliada, 2003.

_____. **Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário**. São Paulo: Juruá, 2003.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LEAL, Dutra Aylton. **Sigilo bancário e a administração tributária federal**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/EstTributarios/direitotributario/AdministracaoSigilo.htm>>. Acessado em 29 de maio de 2006.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.

LIMA, Rogério Silva; QUEZADO, Paulo Napoleão Gonçalves. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **O novo Ministério Público brasileiro**. São Paulo: Lúmen Júris, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. São Paulo: Forense, 2005.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 3. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, agosto, 2001.

_____. **Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Maurício Zanoide. **Crônica de uma Inconstitucionalidade anunciada**. Boletim IBCCRIM, ano 8, n. 100, março de 2001.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1998.

PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público – Dimensão constitucional e repercussão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. São Paulo: Edipro, 2001.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Renovar, 1999.

SILVA, Eivany A. **Considerações a respeito do sigilo de dados**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1996.

VELOSO, Renato Ribeiro. **O crime do colarinho branco**. Visão geral. Millennium – Revista do ISPV, n. 32, fevereiro de 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALD, Arnold. **O sigilo bancário e os direitos fundamentais**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas 22/24. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar, 1998.

Insolvência Bancária: os Regimes Administrativos e o Procedimento Judicial de Falência

Eliane Coelho Mendonça*

1. Introdução. 2. Os Regimes Especiais na Lei nº 6.024, de 1974:
 - 2.1 A intervenção; 2.2 A liquidação extrajudicial.
3. A liquidação extrajudicial e o procedimento judicial de falência:
 - 3.1 As semelhanças e as diferenças entre os institutos da liquidação extrajudicial e da falência judicial; 3.2 O debate atual sobre o tratamento diferenciado para a sociedade bancária.
4. A falência de instituições financeiras submetidas aos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 1974:
 - 4.1 Requisitos para a decretação.
5. Análise da decretação da falência das sociedades submetidas a regime especial nos anteprojetos que visam reformar a Lei nº 6.024, de 1974:
 - 5.1 Análise dos anteprojetos.
6. Conclusão.

1. Introdução

O Sistema Financeiro Nacional é regulado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, recepcionada como lei complementar pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Uma das atribuições conferidas por esse diploma legal ao Banco Central é a responsabilidade pela decretação dos regimes especiais das instituições financeiras em crise, função de grande relevância na manutenção da estabilidade do sistema financeiro.

* Procuradora do Banco Central do Brasil, especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Juiz de Fora (MG) e em Direito Econômico da Regulação Financeira pela Universidade de Brasília (UnB) em convênio com o Banco Central do Brasil.

A decretação de regimes especiais tem como objetivos sanear instituições financeiras problemáticas, gerenciando, em último caso, a saída ordenada do mercado das instituições consideradas inviáveis, buscando isolar seus problemas das demais instituições e do sistema como um todo.

A Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, é atualmente o principal normativo que cuida do assunto, regulando a intervenção e a liquidação extrajudicial das instituições financeiras. O panorama legal é complementado, ainda, pelo Decreto-lei nº 2.321, 25 de fevereiro de 1987, que cuida do Regime de Administração Especial Temporária – RAET.

Verifica-se, assim, um tratamento diferenciado dispensado às instituições financeiras. Esse tratamento especial pode ser constatado tanto em função da intervenção do Estado nas suas atividades e no sistema financeiro em geral, materializada na intensa regulamentação desse setor da economia, quanto, de forma mais específica, pela existência de procedimentos especiais para a retirada do mercado das instituições consideradas inviáveis pelo Banco Central.

A justificativa encontrada para essa intervenção estatal tem alicerce na importância do sistema financeiro na economia de um país e nas conseqüências decorrentes da quebra de uma instituição financeira. Desse modo, enquanto uma sociedade empresária falida gera prejuízos para os seus sócios, credores e para uma parcela pouco significativa da sociedade, a quebra de uma instituição financeira pode gerar, em última instância, efeitos sistêmicos que afetarão a economia na qual está inserida.

É importante consignar que o presente trabalho vai utilizar, em todo o seu curso, as expressões **instituição financeira** e **sociedade bancária** como se sinônimas fossem. O mencionado artifício tem como intuito delimitar o estudo somente às sociedades consideradas relevantes sob o aspecto do impacto que tais instituições são capazes de gerar no Sistema Financeiro Nacional, quais sejam, os estabelecimentos bancários oficiais ou privados.

Ultrapassada essa questão preliminar, cumpre ressaltar que o objetivo principal do presente trabalho é discutir as relações de semelhança e de contraste entre os regimes administrativos de intervenção e liquidação extrajudicial e o regime judicial falimentar.

A semelhança entre os institutos da liquidação extrajudicial e da falência é matéria exaustivamente debatida na doutrina. Não obstante esse fato, a Lei

nº 6.024, de 1974, previu a possibilidade de encerramento dos regimes especiais mediante a decretação da falência.

A questão que se coloca, a partir da autorização legal de sucessão dos mencionados regimes, é a possibilidade de ocorrência de uma repetição desnecessária de atos, com o conseqüente alongamento indesejado do processo de dissolução da instituição financeira. Como resolver essa questão?

Ao tratar dessa matéria, torna-se relevante, também, discutir as causas que levaram à opção por um tratamento extrajudicial para a dissolução das instituições financeiras e se, atualmente, tais justificativas permanecem. A partir desses dados, vai ser possível definir qual o melhor procedimento a ser adotado para a retirada do mercado das instituições financeiras inviáveis: um procedimento administrativo, tal como prevê a legislação em vigor, ou um procedimento judicial.

Por fim, para complementar o estudo realizado sobre o tema, o presente trabalho vai mencionar como os anteprojetos elaborados tendo em vista a alteração da Lei nº 6.024, de 1974, tratam da matéria sob análise.

2. Os Regimes Especiais na Lei nº 6.024, de 1974

Os regimes especiais estabelecidos na Lei nº 6.024, de 1974, intervenção e liquidação extrajudicial, constituem-se em medidas administrativas que visam a possibilitar a recuperação e a reorganização da instituição financeira e, em último caso, gerenciar a saída ordenada do mercado das instituições inviáveis, buscando isolar os seus problemas bancários das demais instituições e do sistema como um todo.

2.1 A intervenção

Nelson Abrão, citado por Luiz Alfredo Paulin, conceitua a intervenção como uma medida preventiva colocada em prática pela Administração Pública no intuito de solucionar uma dificuldade financeira transitória vivida por uma instituição financeira, mediante a nomeação de pessoa estranha à instituição para

geri-la.¹ Francisco José de Siqueira, por sua vez, entende que a intervenção é medida cautelar, que deve ser adotada com o objetivo de sustar a continuidade da prática de irregularidades e de afastar a situação de risco patrimonial, com a normalização dos negócios da empresa.²

2.1.1 Hipóteses de decretação da intervenção

A intervenção poderá ocorrer quando verificadas anormalidades nos negócios da instituição, nos termos do art. 2º da Lei nº 6.024, de 1974. Assim, o mencionado dispositivo autoriza a decretação da intervenção quando: a) a entidade sofrer prejuízo que coloque em risco o direito de crédito dos credores em decorrência de má-administração; b) forem verificadas reiteradas infrações à legislação bancária; ou c) ocorrer qualquer dos fatos arrolados nos artigos 1º e 2º do Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, antiga Lei de Falências.

Algumas dessas hipóteses arroladas no art. 2º da Lei nº 6.024, de 1974, merecem breves considerações. A possibilidade de decretação de intervenção em razão da verificação de reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária é matéria polêmica, ainda não pacificada pelos tribunais. É importante registrar que, havendo indícios da ocorrência de infrações às disposições da legislação bancária, cumpre à autoridade administrativa instaurar o processo administrativo para apuração do fato e para aplicação de penalidade, se comprovada a autoria e a materialidade. Exige-se a instauração de processo administrativo, especialmente após a promulgação da CRFB/1988, que estabelece em seu art. 5º, inciso LV, a necessidade de se observar os princípios do contraditório e da ampla defesa em processos dessa espécie. O processo administrativo também se faz necessário por não ser o procedimento de intervenção um procedimento punitivo, mas, sim, um instrumento utilizado pelo Estado para intervir na instituição financeira, no intuito de regularizar uma situação de crise por ela vivida.

1/ PAULIN, Luiz Alfredo. Conceito de intervenção e liquidação extrajudicial – pressupostos para sua decretação. In: SADDI, Jairo (org.). *Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 132.

2/ SIQUEIRA, Francisco José de. O papel do Banco Central no processo de intervenção e liquidação extrajudicial. In: SADDI, Jairo (org.). *Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 100.

Luiz Alfredo Paulin manifesta-se sobre essa hipótese de decretação da intervenção, alegando que existem mecanismos mais eficazes e menos traumáticos para que a autoridade faça cessar a indisciplina, razão pela qual a Lei nº 6.024, de 1974, deixou de ser aplicada em casos semelhantes, ficando praticamente restrita a crises de caráter patrimonial ou de liquidez³.

Cumpra analisar, também, a hipótese que autoriza a decretação da intervenção diante da ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º do Decreto-lei nº 7.661, de 1945. Merece atenção o fato de ter sido promulgada a nova Lei de Falências – Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

No caso, as hipóteses trazidas nos mencionados dispositivos da antiga Lei de Falências não devem permanecer como causa da decretação da intervenção, por não mais estarem em vigor. Se as novas falências somente poderão ser decretadas se presentes as hipóteses trazidas pela Lei nº 11.101, de 2005, e se a intenção do art. 2º da Lei nº 6.024, de 1974, foi justamente inserir como motivo ensejador da decretação da intervenção as mesmas causas que justificariam a decretação da falência, a única conclusão a que se pode chegar é que o disposto no já mencionado art. 2º também foi alterado.

Diante desse cenário, é possível afirmar que o art. 2º traz uma hipótese de aplicação subsidiária da Lei de Falências e, sendo assim, com a edição da Lei nº 11.101, de 2005, de seu art. 197, **devem ser considerados como anormalidades aptas a ensejar a decretação da intervenção os fatos arrolados no seu art. 94.**

Independentemente da ocorrência das causas autorizadoras da decretação de falência, cumpre ressaltar, de acordo com os ensinamentos de Rubens Requião, que, na evidência de insolvência da empresa, a intervenção deverá ser decretada apenas se o Banco Central vislumbrar a possibilidade de se evitar a saída do mercado da instituição financeira problemática.⁴ Caso contrário, deve ser decretada diretamente a liquidação extrajudicial da instituição financeira, com base no art. 15 da Lei nº 6.024, de 1974.

3/ PAULIN, Luiz Alfredo. *Op. cit.*, nota 1, p. 132.

4/ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 14. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 221.

2.1.2 Legitimidade para requerer intervenção e prazo de duração

A intervenção poderá ser decretada pelo Banco Central, de ofício, ou por solicitação dos administradores da instituição financeira, desde que o estatuto da instituição expressamente autorize tal medida. Na ausência de poderes especiais, caberá à Assembléia Geral Extraordinária deliberar sobre a pretensão, investindo a diretoria dos poderes necessários para pleitear a decretação do regime especial.⁵

Tendo em vista o intuito de recuperação da instituição financeira, inerente ao instituto da intervenção, a legislação que trata da matéria cuidou de limitar o prazo conferido ao Banco Central para efetuar a intervenção e sanar os problemas detectados na empresa. Assim, o art. 4º da Lei nº 6.024, de 1974, prevê que a intervenção deve se encerrar dentro do prazo de seis meses a partir de sua decretação, prorrogável por, no máximo, mais seis meses, por decisão do Banco Central.

2.1.3 Efeitos da decretação da intervenção

Decretada a intervenção, as atividades da instituição financeira ficam paralisadas, pois há a suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas, a suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas e a inexistência dos depósitos já existentes à data da decretação, em conformidade com o que dispõe o art. 6º do diploma normativo sob comento. Uma outra característica desse regime especial é a suspensão do mandato dos administradores, enquanto perdurar o regime, conforme estabelece o art. 50 da Lei nº 6.024, de 1974.

2.1.4 Procedimento da intervenção

O procedimento da intervenção inicia-se com a sua decretação pelo Banco Central. Na seqüência, é nomeado um interventor, que efetuará um levantamento da situação da instituição financeira e, dentro de sessenta dias, deverá

5/ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, nota 4, p. 222.

apresentar relatório que conterà, nos termos do art. 11 da Lei nº 6.024, de 1974, a situação econômico-financeira da instituição, a indicação dos atos e omissões danosos que porventura tenha verificado e a proposta de providências convenientes à instituição.

Com base no relatório inicial mencionado no art. 11 da Lei nº 6.024, de 1974, o Banco Central poderá: a) determinar a cessação da intervenção; b) manter o regime especial até que as irregularidades sejam eliminadas, observado o prazo limite para sua duração, previsto no já citado art. 4º; c) decretar a liquidação extrajudicial da empresa; ou, por fim, c) autorizar o interventor a requerer a falência da entidade.

Ao se proceder a uma análise do procedimento de intervenção, verifica-se a sua natureza temporária e preventiva de um procedimento liquidatório ou falencial. Isso porque a intervenção visa a eliminar irregularidades transitórias e deveria ter como objetivo trazer a instituição novamente para o mercado após a sua recuperação.

Ocorre, entretanto, que, com a suspensão das atividades da instituição financeira – fator inerente à decretação desse regime especial em razão dos efeitos gerados pelo ato que decretou a medida –, na prática mostrou-se impossível que a instituição readquira a confiança do mercado, imprescindível para a efetiva continuidade de suas atividades. Registre-se que, para que o procedimento alcançasse os objetivos de recuperação da sociedade em crise, seria necessária uma previsão de continuidade dos negócios, com a permanência da exigibilidade dos depósitos e obrigações.

Nesse sentido, lição de Luiz Alfredo Paulin, que dispõe que, quando se decreta a intervenção, várias conseqüências adversas são sentidas pelo público em geral, como, por exemplo, a inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação. Assim, mesmo que após algum tempo a situação que ensejou a decretação seja superada, é pouco provável que os investidores se animem a prosseguir o seu relacionamento financeiro com a instituição.⁶

A partir dessas considerações, o mesmo autor continua sua exposição afirmando que, embora a intervenção tenha sido criada com o objetivo de recuperar a empresa deficiente, é difícil imaginar a possibilidade de uma empresa sair de

6// PAULIN, Luiz Alfredo. *Op. cit.*, nota 1, p. 134.

uma intervenção e prosseguir regularmente suas atividades na qualidade de instituição financeira ou assemelhada.

2.2. A liquidação extrajudicial

A liquidação extrajudicial é um procedimento administrativo que tem como objetivo principal promover a saída ordenada do mercado de uma instituição financeira que não mais está apta a participar do sistema financeiro. Segundo Luiz Alfredo Paulin, a liquidação extrajudicial representa uma intervenção do Estado na órbita econômica, no intuito de minorar os reflexos negativos que a insolvência de certas instituições causariam nos mercados financeiros e de capitais⁷.

A liquidação extrajudicial, assim como ocorre na intervenção, nos termos do art. 15 da Lei nº 6.024, de 1974, também pode ser decretada de ofício pelo Banco Central ou a requerimento dos administradores da instituição, desde que autorizados a fazê-lo pelo estatuto regente da instituição da qual são participantes. Estando a instituição em regime de intervenção extrajudicial, fica o interventor também autorizado a requerer a transformação da intervenção em liquidação extrajudicial.

2.2.1 Hipóteses de decretação da liquidação extrajudicial

De acordo com o que dispõe o art. 15 da Lei nº 6.024, de 1974, o Banco Central pode decretar a liquidação nos seguintes casos: a) quando a situação econômico-financeira da instituição estiver comprometida, seja por impontualidade no cumprimento de seus compromissos, seja por qualquer das hipóteses autorizadas da decretação da falência; b) quando a administração da instituição violar gravemente as normas estabelecidas pelo estatuto da instituição, pelo Conselho Monetário Nacional ou pelo Banco Central; c) na hipótese de prejuízo econômico que sujeite a risco anormal o crédito dos credores quirografários; e d) quando, cassada a autorização para funcionamento pelo Banco Central, a ins-

7/ PAULIN, Luiz Alfredo. *Op. cit.*, nota 1, p. 127.

tituição não tiver iniciado a sua liquidação ordinária passados noventa dias ou, se iniciada, sua morosidade puder acarretar prejuízos para os credores.

Merecem aqui as mesmas considerações traçadas para a intervenção no que di respeito à hipótese de decretação em razão da violação a normas regulamentares e estatutárias. Assim como ocorre na intervenção, é possível defender que a liquidação extrajudicial não tem um caráter sancionador e, por isso, não visa a substituir o procedimento normal de apuração de irregularidades. Esse entendimento pode levar à decisão de inconstitucionalidade dessa hipótese legal e, conseqüentemente, à invalidação da decretação da liquidação nela fundamentada, por ferir o princípio constitucional do devido processo legal, aplicável aos processos administrativos punitivos por força do art. 5º, inciso LV, da CRFB/1988.

2.2.2 Efeitos da decretação da liquidação extrajudicial

A partir da decretação da liquidação extrajudicial pelo Banco Central, a instituição financeira deixa de atuar no mercado, há a destituição do mandato dos administradores e, de imediato, são produzidos vários efeitos, de acordo com o que dispõe o art. 18 da Lei nº 6.024, de 1974, que, nos dizeres de Sérgio Botrel, muito se assemelham aos efeitos jurídicos da sentença declaratória da falência⁸.

Assim, nos termos do citado artigo, a decretação da liquidação extrajudicial acarreta: a) a suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, além da proibição de ajuizamento de novas ações; b) o vencimento antecipado de todas as obrigações da liquidanda; c) o não-cumprimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais rescindidos em razão da decretação da liquidação; d) o impedimento da fluência de juros contra a massa enquanto não integralmente pago o passivo; e) a interrupção da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade da instituição financeira liquidanda; e, por fim, f) o impedimento de reclamação de correção monetária das dívidas passivas e de penas pecuniárias por infrações penais ou administrativas.

Não obstante se tratar de expressa disposição legal, alguns desses efeitos não são aplicados no curso do procedimento liquidatório. Assim, por exemplo, em-

8/ BOTREL, Sérgio. Liquidação Bancária e Temas Afins. In: *Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais*, ano 8, n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 305.

bora o dispositivo fale em não-incidência de correção monetária, a partir da promulgação da CRFB/1988, em função do que estabelece o art. 46 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), os créditos junto a entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial, mesmo havendo conversão em falência, estão sujeitos à correção monetária desde o vencimento até o efetivo pagamento.

Outra questão relevante diz respeito à suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, de duvidosa constitucionalidade, em face do que dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/1988. Reiteradas decisões judiciais⁹ permitem o ajuizamento, bem como a continuidade, de ações que visem à constituição de liquidez de uma obrigação de responsabilidade da sociedade liquidanda. Registre-se, ainda, que esse dispositivo não se aplica à Administração Pública, que deve adotar as regras estabelecidas na Lei nº 6.830, de 22 de setembro 1980, e, tendo em conta o disposto no art. 29, não está sujeita ao concurso de credores da liquidação extrajudicial, razão pela qual precisa ajuizar execução fiscal para que possa cobrar seu crédito no procedimento liquidatário em curso.

2.2.3 Procedimento da liquidação extrajudicial

O processo de liquidação será exercido por um liquidante nomeado pelo Banco Central, com amplos poderes de administração, conforme preceitua o art. 16 da legislação que rege a matéria. Assim como ocorre na intervenção, o liquidante deverá apresentar um relatório, dentro de sessenta dias, nos termos do art. 11 da Lei nº 6.024, de 1974, por força do que dispõe o art. 20 do mesmo diploma legal, que deverá conter a situação econômico-financeira da instituição, a indicação dos atos e omissões danosos que porventura tenha verificado e a proposta de providências convenientes à instituição.

A partir desse relatório, o Banco Central poderá continuar com a liquidação extrajudicial, caso em que deverá convocar os credores para declararem seus

9/ REsp 717.166, STJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 21/11/2005; REsp 601.766, STJ, Relator Ministro José Delgado, DJ de 31/5/2004; REsp 67.272, STJ, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 6/4/1998; REsp 94.221, STJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 9/9/1996; REsp 38.740, STJ, Relator Ministro Cláudio Santos, DJ de 21/11/1994.

créditos, nos termos do art. 22 e seguintes da Lei nº 6.024, de 1974. Alternativamente, poderá o Banco Central autorizar o liquidante a requerer a falência da entidade, quando seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares. Poderá, ainda, o Banco Central, a qualquer tempo, autorizar a cessação do regime especial de liquidação, desde que solicitada pelos interessados e apreciadas as garantias oferecidas e as conveniências de ordem geral.

Conjugando essa última possibilidade, estabelecida no parágrafo único do art. 21 da Lei nº 6.024, de 1974, com o disposto no art. 19 do mesmo diploma legal, é possível concluir que, a qualquer tempo, o Banco Central poderá encerrar o regime de liquidação extrajudicial se os interessados, apresentando as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central, tomarem para si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa ou se apresentarem garantias para efetuar a transformação da liquidação extrajudicial em ordinária.

Ao discorrer sobre as formas de encerramento dos regimes especiais, chega-se ao ponto central do presente trabalho.

Como visto, uma das formas de se encerrar o procedimento de intervenção e de liquidação extrajudicial é a decretação da falência, desde que o ativo da instituição não seja suficiente para cobrir pelo menos a metade dos créditos quirografários, ou haja fundados indícios de crimes falimentares. Registre-se que essa última hipótese, entretanto, não será objeto de apreciação neste trabalho, que se restringirá à possibilidade de decretação da falência por insolvência da instituição financeira.

3. A liquidação extrajudicial e o procedimento judicial de falência

3.1 As semelhanças e as diferenças entre os institutos da liquidação extrajudicial e da falência judicial

Conforme analisado no capítulo anterior, a liquidação extrajudicial é um procedimento administrativo que visa a promover a saída ordenada do mercado financeiro de instituições que não estão aptas a nele atuar, seja por se encontra-

rem em situação de insolvência, seja por não se adequarem aos regramentos estabelecidos pela autoridade fiscalizadora.

A equiparação do regime de liquidação extrajudicial ao regime falimentar¹⁰ é matéria exaustivamente debatida e é consenso¹¹ que o procedimento de liquidação extrajudicial é uma forma administrativa de liquidação de uma instituição financeira, assim como a falência consiste em uma forma judicial de liquidação da sociedade empresária.¹² Ambos os institutos, então, perseguem os mesmos resultados, já que, após a formação do concurso universal de credores e da realização do ativo, haverá o pagamento conforme as preferências legais.¹³

Conforme salientado por Sérgio Botrel, um aspecto relevante na semelhança dos institutos da liquidação extrajudicial e da falência, além dos objetivos comuns perseguidos por ambos os institutos, consiste na comparação dos efeitos gerados pelos procedimentos sob análise. O tema encontra regramento no art. 18 da Lei nº 6.024, de 1974, e em dispositivos esparsos na nova lei que rege a falência de sociedades empresárias.

O mencionado art. 18 estabelece como efeitos da decretação da liquidação extrajudicial: a) a suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos à massa e a proibição de ajuizamento de novas medidas judiciais; b) o vencimento das obrigações da liquidanda; c) o não-atendimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais vencidos em razão da decretação da liquidação; d) a não-fluência de juros enquanto não integralmente pago o passivo; e) a interrupção da prescrição das obrigações de responsabilidade da instituição financeira; f) a não-reclamação das penas pecuniárias por infração às leis penais ou administrativas.

10/ É necessário esclarecer que a equiparação da liquidação extrajudicial com a falência pode e deve ser mantida mesmo com a edição da Lei nº 11.101, de 2005. É certo que, após a edição do referido diploma legal, houve uma alteração significativa no tratamento da insolvência da sociedade empresária, a partir da instituição da recuperação judicial. Essa aparente mudança de concepção, entretanto, não deve influenciar o presente estudo, pois a equiparação aqui tratada somente diz respeito ao procedimento de falência propriamente dito, de realização de ativos e pagamento de passivos, quando não mais se vislumbra a possibilidade de recuperação da sociedade empresária. Sendo assim, não há óbice à utilização, neste trabalho, dos comentários elaborados sob a vigência do diploma legal revogado.

11/ Nesse sentido: Nelson Abrão, *apud* VIANA, Frederico. **Insolvência bancária**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 102; VIANA, Frederico. *Op. cit.*, p. 26; STURZENEGGER, Luis Carlos. **Relatório final do contrato nº 2001/005836**. Programa Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD – cópia obtida na Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, p. 43; BOTREL, Sérgio. *Op. cit.*, nota 8, p. 305.

12/ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, nota 4, p. 233.

13/ BOTREL, Sérgio. *Op. cit.*, nota 8, p. 305.

Efeitos semelhantes são previstos na legislação falimentar. Da mesma forma como na liquidação, o art. 99 da Lei nº 11.101, de 2005, estabelece que a sentença que decretar a falência ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos parágrafos 1º e 2º do art. 6º, que excepcionam a suspensão da ação que demandar quantia ilíquida e as ações de natureza trabalhista. O art. 77 do mesmo diploma legal dispõe sobre o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitadamente responsáveis ou solidários, esclarecendo, entretanto, que a antecipação gera o abatimento proporcional dos juros convencionados. Assim como previsto para a liquidação, as cláusulas penais dos contratos unilaterais vencidos em decorrência da decretação da falência também não serão atendidas, conforme dispõe o art. 83, §3º, da Lei de Falências. O art. 124 do normativo sob análise, por sua vez, determina também a não-fluência de juros vencidos após a decretação da falência se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados. Da mesma forma como a antiga Lei de Falências, a lei atual também estabelece que a decretação da falência enseja a suspensão da prescrição, de acordo com o que dispõe o art. 6º, reiniciando a contagem a partir do dia em que transitar em julgado a sentença do encerramento da falência, conforme previsto no seu art. 157.¹⁴ Por fim, resta esclarecer que a nova Lei de Falências não mais impede a cobrança dos créditos decorrentes de aplicação de penalidades por infração às leis penais ou administrativas, ao contrário do que estabelecia o Decreto-lei nº 7.661, de 1945. Com essa alteração legislativa, a decretação da liquidação passa a contar com um efeito diverso da legislação falimentar, qual seja, a não-reclamação das penas pecuniárias aplicadas por força das leis penais ou administrativas.

Como visto, a equivalência de praticamente todos os efeitos da decretação da liquidação e da falência de uma instituição financeira é mais um argumento que leva à conclusão de que se tratam de procedimentos semelhantes, criados para obtenção de um mesmo fim, qual seja, a retirada do mercado da instituição financeira/sociedade empresária que não está mais apta a nele atuar, após o esgotamento das tentativas de preservação dessas sociedades.

14/ Embora se tratem de institutos semelhantes, a interrupção e a suspensão do prazo prescricional acarretam efeitos diversos. Assim, quando há a decretação da liquidação extrajudicial, o prazo prescricional se interrompe, voltando a correr integralmente no dia seguinte ao da decretação da medida. A sentença que decreta a falência, por sua vez, suspende o curso do prazo de prescrição enquanto não encerrado o regime falimentar, que volta a fluir, pelo prazo restante, após o trânsito em julgado da decisão que encerrar a falência.

Assim, é possível sintetizar que a semelhança está no fato de ambos ensejarem a liquidação com a conseqüente extinção da empresa a eles submetida, além de gerarem efeitos jurídicos similares. Assim, por serem um procedimento de liquidação, devem, obrigatoriamente, seguir os trâmites inerentes, como a realização do ativo e o pagamento do passivo, de acordo com os interesses dos credores. Ocorre, entretanto, que a liquidação extrajudicial ainda possui uma peculiaridade se comparada com a falência, que é justamente o interesse público envolvido no seu desenvolvimento, o que, inclusive, justifica a discricionariedade conferida ao Banco Central de escolher o momento adequado para interferir mais drasticamente na instituição financeira e o afastamento do Poder Judiciário nesse particular, não obstante ser possível o controle jurisdicional dos próprios atos de intervenção em momento posterior e para análise de legalidade.

3.2 O debate atual sobre o tratamento diferenciado para a sociedade bancária

Jairo Saddi, em esclarecedora síntese, traz justificativas para o citado tratamento diferenciado: o papel dos bancos como criadores de moeda pode ser considerado uma das justificativas para as instituições financeiras estarem subtraídas do alcance da falência e para estarem submetidas ao procedimento da liquidação administrativa. Esclarece o autor que um banco sozinho não cria moeda, mas o funcionamento integrado do sistema bancário gera a moeda escritural, mediante o mecanismo conhecido como multiplicação dos meios de pagamento pela rede bancária. Nesse contexto, a quebra de um banco, independentemente de seu porte, pode causar alterações significativas no volume dos meios de pagamento, ou seja, na oferta de moeda. Oscilações na oferta de moeda, por sua vez, podem resultar em oscilações na taxa de juros, que, por conseguinte, podem afetar a economia em geral. Tudo isso exige providências específicas das autoridades monetárias. Se o Banco Central for a autoridade competente para a decretação da liquidação do banco insolvente, poderá atuar de modo preventivo e tomar em tempo as providências necessárias para evitar, ou minimizar, esses ou outros efeitos colaterais. Mas, ao contrário, se a quebra pudesse ser decretada

judicialmente, sem o conhecimento prévio das autoridades monetárias, os efeitos indesejáveis apontados poderiam se verificar.¹⁵

A doutrina pacificamente reconhece que a razão desse regime diferenciado para as instituições financeiras se consubstancia no interesse público em se resguardar o sistema financeiro. E, além desse fato, é defensável a existência de um tratamento diferenciado, diante, reafirme-se, da peculiaridade inerente às empresas que lidam com o crédito e que participam do sistema financeiro.

Luiz Alfredo Paulin defende que o Estado deve dispor de um instrumental que lhe permita dar respostas prontas e rápidas a certas situações enfrentadas por instituições financeiras. Se a autoridade monetária estiver aparelhada para tanto, pode evitar a ocorrência dos indesejados riscos sistêmicos.¹⁶ Idéia semelhante é exposta por Frederico Viana, ao dispor que a justificativa para se atribuir às sociedades bancárias procedimento concursal diferenciado está em que a liquidação extrajudicial se presta a manter a credibilidade do mercado, preservando o sistema de pagamentos e o controle da solvência e a estabilidade do sistema financeiro nacional, além de visar ao tratamento igualitário dos credores bancários.¹⁷

Assim, conforme dito, não há muita discussão quanto à necessidade de se tratar diferentemente o processo de liquidação de uma instituição financeira. A divergência maior, entretanto, permanece no que se refere à forma com que esse tratamento diferenciado deve ocorrer, ou seja, se o procedimento de liquidação dessas instituições deve se dar em foro administrativo ou em foro judicial, como ocorre com as demais empresas.

O principal motivo ensejador do tratamento diferenciado para as instituições financeiras é o interesse público envolvido no afastamento de sociedades dessa espécie do sistema financeiro. Outros motivos, entretanto, são utilizados para justificar, além do tratamento diferenciado, a manutenção dessa função nas mãos da autoridade administrativa responsável pela supervisão do Sistema Financeiro Nacional. De outro lado, doutrinadores apresentam argumentos para que a liquidação de instituições financeiras seja transferida para o Poder Judiciário, retirando do Banco Central essa atribuição.

15/ *Apud* SOUTELLO, Luiz Haroldo Gomes de. **Conversão de liquidação extrajudicial em falência**. Banco Central do Brasil – Concurso de Monografias para Acesso à 1ª Categoria da Carreira de Procurador, setembro de 1993, p. 20.

16/ PAULIN, Luiz Alfredo. *Op. cit.*, nota 1, p. 125.

17/ VIANA, Frederico. *Op. cit.*, nota 11, p. 26.

3.2.1 Argumentos favoráveis para manutenção do regime administrativo de liquidação de instituições financeiras

A celeridade do procedimento extrajudicial é apontada como argumento justificador para a escolha desse procedimento e tal celeridade decorreria da maior mobilidade do Banco Central de reorganizar o ativo e o passivo da liquidanda e, também, porque todos os questionamentos inerentes ao procedimento seriam resolvidos pelo próprio Banco Central, considerado uma instância administrativa única.¹⁸

Essa última assertiva, entretanto, não é verdadeira, já que todos os atos e decisões administrativos estão sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, em razão do que estabelece o art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/1988. Dessa forma, a discussão em juízo dos atos e das decisões tomados pelo interventor/liquidante ou pelo Banco Central pode ser considerada como uma das principais razões ensejadoras da transformação da almejada celeridade em morosidade do procedimento administrativo de liquidação das instituições financeiras.

Outro argumento – falta de relação entre a insolvência bancária e a natureza da liquidação – é apontado pelo mencionado autor em razão da possível ausência de diferença prática se o procedimento de liquidação se desenvolvesse administrativamente ou judicialmente.¹⁹ Os defensores do procedimento administrativo baseavam-se no fato de que o Banco Central era autorizado a se utilizar de recursos públicos provenientes das reservas monetárias para recompor o patrimônio das instituições financeiras insolventes, bem como para cobrir os débitos dessas entidades perante seus credores. Essa autorização legal conferia uma ampla capacidade à Autarquia de sanear o Sistema Financeiro Nacional, o que justificava a permanência do procedimento a cargo do Banco Central. Ocorre, entretanto, que esse mecanismo não mais existe, diante da impossibilidade de utilização de recursos públicos na garantia dos créditos dos depositantes de instituições financeiras insolventes, conforme estabelece o art. 28 da Lei Com-

18/ VIANA, Frederico. *Op. cit.*, nota 11, p. 136.

19/ SADDI, Jairo. Algumas propostas de mudança para a Lei 6.024. In: SADDI, Jairo (org.). **Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74**. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 297-298.

plementar nº 101, de 4 de maio de 2000²⁰. Sendo assim, não mais persiste esse argumento de ordem procedimental em prol da manutenção da liquidação no âmbito do Banco Central.

A especialização do Banco Central, por sua vez, é um forte argumento para manutenção da liquidação nas mãos dessa Autarquia, já que o Poder Judiciário não possui conhecimentos técnicos sobre a questão. Esse argumento, entretanto, não inviabiliza a transferência da liquidação extrajudicial para o âmbito judicial, pois, conforme se verá, a atribuição conferida será apenas a de liquidar a instituição após realizadas todas as tentativas de recuperação ou de reorganização societária, etapas em que a especialização é imprescindível.

3.2.2 Argumentos contrários à manutenção do regime administrativo de liquidação de instituições financeiras

Por outro lado, vários são os argumentos utilizados na defesa de um procedimento judicial de liquidação das instituições financeiras: a) maior transparência do processo judicial se comparado com o procedimento administrativo; b) maior participação dos credores no procedimento, o que é essencial diante do fato de ser a liquidação das instituições financeiras também um procedimento concursal; c) maior isenção de um liquidante judicial, especialmente em razão de um maior controle sobre seus atos.

Ressalte-se, conforme lição de Jairo Saddi, que há relativo consenso no que se refere ao processo de intervenção, aceitando sua realização no âmbito administrativo. A justificativa para tanto está no fato de ser a intervenção uma última tentativa de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da instituição, visando ao seu retorno à sociedade.²¹

20/ Art. 28. Salvo mediante lei específica, não poderão ser utilizados recursos públicos, inclusive de operações de crédito, para socorrer instituições do Sistema Financeiro Nacional, ainda que mediante a concessão de empréstimos de recuperação ou financiamentos para mudança de controle acionário.

§ 1º A prevenção de insolvência e outros riscos ficará a cargo de fundos, e outros mecanismos, constituídos pelo Sistema Financeiro Nacional, na forma da lei.

§ 2º O disposto no *caput* não proíbe o Banco Central do Brasil de conceder às instituições financeiras operações de redesconto e empréstimos de prazo inferior a 360 (trezentos e sessenta) dias.

21/ SADDI, Jairo. *Op. Cit.*, nota 17, p. 297.

O mesmo não ocorre com o procedimento de liquidação extrajudicial. Vários autores que debatem o assunto concluem pela necessidade de reforma da legislação em vigor, objetivando transformar o procedimento, até então extrajudicial, em judicial.

Frederico Viana, ao dispor sobre o assunto, conclui que, se o Banco Central cumpriu seu papel saneador mediante atuação nos processos de intervenção e de administração temporária, não há por que caracterizar a liquidação como extrajudicial.²²

No mesmo sentido, Jairo Saddi afirma que, com o processo de redemocratização brasileira, é natural que venha a se exigir maior transparência por parte do Poder Público, o que somente pode ser alcançado com a participação do Poder Judiciário no procedimento de liquidação.

Importante registrar a opinião de Eduardo Lundberg sobre o tema:

(...) quanto ao processo liquidatório de instituições financeiras, parece-nos mais apropriado que o mesmo seja conduzido no âmbito do Poder Judiciário. Além de ser um ônus desnecessário para o órgão regulador, já não existem as razões que o justificavam. Numa época de autoritarismo e de hipertrofia do Poder Executivo, as liquidações extrajudiciais poderiam ser mais céleres, substituindo a previsão do rito sumário contida na legislação de outros países. Hoje, num regime democrático, a liquidação extrajudicial é um anacronismo que apenas aumenta a responsabilidade do Banco Central, sem nenhum ganho de celeridade. Ao contrário, dado o direito das partes de recorrer livremente ao Poder Judiciário, qualquer instância judicial pode sustar o andamento do processo, retardando a liquidação.²³

Fácil perceber a preferência dos doutrinadores que tratam do assunto por um procedimento judicial de liquidação das instituições financeiras. Ocorre, entretanto, que a adoção dessa posição não deve ensejar a equiparação do tratamento conferido às instituições financeiras com o tratamento conferido às demais sociedades. Conforme visto, existe uma causa para esse tratamento diferenciado, que é o interesse público e a peculiaridade inerente a tais empresas, e isso não pode ser afastado, mesmo diante da escolha por um procedimento judicial.

22/ VIANA, Frederico. *Op. cit.*, nota 11, p. 127.

23/ LUNDBERG, Eduardo. Saneamento do Sistema Financeiro. In: SADDI, Jairo (org.). **Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74**. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 67.

4. A falência de instituições financeiras submetidas aos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 1974

4.1 Requisitos para a decretação

Não obstante a doutrina majoritária entender que a falência e a liquidação extrajudicial são institutos semelhantes e, conseqüentemente, com assemelhadas finalidades e efeitos, a Lei nº 6.024, de 1974, previu, em seu art. 7º, alínea *c*, que a intervenção cessará se decretada a falência da entidade. O mesmo foi previsto no art. 19, alínea *d*, referente à liquidação extrajudicial.

Dúvida não resta de que os regimes especiais de intervenção e de liquidação extrajudicial podem ser encerrados mediante decretação da falência da entidade, já que essa hipótese se encontra expressamente prevista em lei.

Dessa forma, o que se pretende com o presente trabalho não é desenvolver uma simples crítica ao dispositivo devido à repetição desnecessária de atos ou à morosidade que essa medida pode acarretar, causando prejuízo aos credores da instituição liquidanda, mas, ao contrário, buscar uma interpretação para essa norma que não confronte com um dos objetivos que norteou a criação da Lei nº 6.024, de 1974, qual seja, a atribuição ao Banco Central da discricionariedade de se retirar do sistema financeiro uma empresa integrante que esteja deficitária, em razão da complexidade e da necessidade de especialização que a questão requer.

4.1.1 O relatório estabelecido no art. 11 da Lei nº 6.024, de 1974

Em ambos os regimes, logo após a decretação da medida excepcional, é nomeado um interventor/liquidante que, dentro de sessenta dias, deverá elaborar um relatório o qual, nos termos do art. 11 da Lei nº 6.024, de 1974, conterà a descrição da situação econômico-financeira da instituição, a indicação dos atos e omissões danosos que porventura tenha verificado e a proposta de providências convenientes à instituição.

Frederico Viana, ao tratar dessa questão, dispõe corretamente que do conteúdo desse documento dependerá o prosseguimento da liquidação. Por isso, esclai-

rece o autor sobre a necessidade de que o liquidante faça constar nesse relatório o seu parecer sobre a melhor destinação a ser atribuída à sociedade bancária liquidanda. Analisando o relatório do liquidante, o Banco Central poderá autorizá-lo a prosseguir com a liquidação extrajudicial ou a requerer judicialmente a falência.²⁴

Pode-se concluir, então, que o relatório a ser apresentado pelo interventor/liquidante é de crucial importância para a definição dos rumos da intervenção/liquidação extrajudicial, pois, a partir dessa minuciosa análise realizada pelo novo gestor da instituição financeira, o Banco Central vai decidir a melhor maneira de solucionar os problemas vividos por essa instituição, ou seja, a forma mais eficiente e ao mesmo tempo menos danosa para o mercado, para a sociedade e para os seus credores.

4.1.2 Hipóteses autorizadoras do requerimento da falência pelo interventor/liquidante

Ao efetuar uma leitura do disposto no art. 12 da Lei nº 6.024, de 1974, que cuida da intervenção, verifica-se que, à vista do relatório ou da proposta do interventor nele contida, o Banco Central poderá, entre outras providências, autorizar o interventor a requerer a falência da instituição, quando seu ativo não for suficiente para cobrir metade do valor dos créditos quirografários, quando julgada inconveniente a liquidação extrajudicial ou, ainda, quando a complexidade dos negócios da instituição ou a gravidade dos fatos apurados aconselhar a medida.

O art. 21, por sua vez, ao tratar da liquidação extrajudicial, dispõe que, também com base no relatório do liquidante, o Banco Central poderá autorizá-lo a requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares.

24/ VIANA, Frederico. *Op. cit.*, nota 11, p. 121.

4.1.3 O momento de o Banco Central autorizar o requerimento da falência

A decretação da falência também é limitada por outros motivos. Ao se analisar o disposto nos artigos 12 e 21 da Lei nº 6.024, de 1974, percebe-se que o momento para que a autorização seja concedida é o seguinte ao da elaboração do relatório, que deve conter a descrição da situação econômico-financeira da empresa. Isso porque é nesse momento que o Banco Central, a partir dos elementos trazidos pelo interventor/liquidante, tem condições para decidir sobre sua atuação naquele procedimento específico.

Não sendo o caso de insolvência irreversível, que a legislação estipulou na incapacidade de pagamento de metade dos créditos quirografários, cumpre ao Banco Central decidir pela cessação da intervenção, pela sua manutenção ou, ainda, pela decretação da liquidação extrajudicial da entidade. Se a instituição financeira já se encontrar sob o regime de liquidação, o Banco Central poderá decidir pelo prosseguimento da liquidação extrajudicial, pela transformação do procedimento em liquidação ordinária ou, dependendo das garantias prestadas, pelo encerramento do regime especial para que os interessados retomem o prosseguimento das atividades econômicas da empresa. Por outro lado, presentes os requisitos trazidos pela Lei nº 6.024, de 1974, deve o Banco Central autorizar o requerimento da falência, logo no início do procedimento da liquidação extrajudicial, desfazendo-se da sua atribuição de retirar do mercado a instituição financeira insolvente.

A adoção desse entendimento afasta o argumento da cumulação indevida de procedimentos, possível na hipótese de liquidação extrajudicial, já que retira do Banco Central a competência para a realização do ativo e pagamento do passivo, procedimento em que prevalece o interesse privado dos credores, transferindo-a ao Poder Judiciário. Realizada dessa forma, a autorização para que o interventor/liquidante requeira a falência da entidade submetida ao regime especial não ensejará a repetição desnecessária de atos ou o questionamento judicial de decisões administrativas proferidas no curso do procedimento extrajudicial a cargo do Banco Central.

Ao decidir pelo prosseguimento na liquidação, fica o Banco Central impossibilitado de autorizar posteriormente o requerimento da falência da instituição,

no intuito de se evitar a repetição desnecessária de atos e o prolongamento indesejado desse procedimento especial. Os artigos 22 e seguintes da Lei nº 6.024, de 1974, dispõem sobre a convocação dos credores para que declarem os seus créditos, fixando prazo para tanto, bem como o procedimento para verificação dos créditos declarados, além de delinear todo o caminho a ser seguido até a fixação do quadro de credores que determina a ordem de pagamento dos créditos da massa liquidanda. A decretação da falência no curso desse procedimento ensejará a necessidade de que esses atos sejam todos refeitos judicialmente, o que claramente viria a atrasar o encerramento definitivo do regime de dissolução da instituição financeira.

Dúvida não resta de que o regime de liquidação extrajudicial vai se encerrar no momento em que o Poder Judiciário decretar a falência da instituição financeira, terminando nesse momento a atuação do Banco Central. Ocorre, entretanto, que não pode a Autarquia buscar simplesmente desonerar-se das suas funções. Tanto o Poder Executivo como o Poder Judiciário mantêm-se à custa de verba pública. Por isso, tão necessária é a harmonia no trato dessas questões, no intuito de evitar um dispêndio de recursos públicos ainda maior do que o já verificado em casos da espécie.

Por fim, poder-se-ia argumentar que o art. 21 traz a possibilidade de decretação da falência em momento diverso ao estabelecido no art. 11 da Lei nº 6.024, de 1974, ao dispor em seu parágrafo único que o Banco Central, a qualquer tempo, poderá estudar pedidos de cessação da liquidação extrajudicial formulados pelos interessados, concedendo ou recusando a medida pleiteada segundo as garantias oferecidas e as conveniências de ordem geral.

Essa interpretação, entretanto, não atende aos princípios da eficiência, da celeridade e da economia processual²⁵, que também devem nortear o curso dos procedimentos de retirada do mercado das instituições insolventes. O dispositivo sob comento fala que, sem prejuízo ao disposto no art. 21, ou seja, sem prejuízo à possibilidade conferida ao Banco Central de autorizar o liquidante a prosseguir na liquidação ou a requerer a falência tendo em conta o relatório

25/ Os princípios da celeridade e da economia processual estão expressamente previstos no art. 75, parágrafo único, da Lei nº 11.101, de 2005.

apresentado pelo liquidante, pode a Autarquia estudar novos pedidos de cessação do regime especial, a qualquer tempo. Ao interpretar o dispositivo, a compreensão que deve ser feita é que pode a Autarquia estudar a possibilidade de autorizar **outras formas** de cessação do regime especial, que não as já previstas no corpo do artigo. Essa leitura, por si só, é suficiente para afastar a autorização para requerimento da falência em momento posterior, já que estende essa possibilidade somente às demais formas de cessação da liquidação trazidas no art. 19 da Lei nº 6.024, de 1974.

Acrescente-se, também, que o mencionado dispositivo fala em **pedidos formulados pelos interessados**. Nesse aspecto, sem considerar a controvérsia que atinge o tema – possibilidade de os interessados solicitarem ao Banco Central autorização para que seja requerida a falência da instituição, ou mesmo requererem a falência diretamente em juízo –, o dispositivo sob análise requer que esses interessados, ao formularem o pedido, prestem garantias, podendo a Autarquia indeferir a medida pleiteada se não entender pela sua suficiência. Ora, a garantia só é necessária nas hipóteses previstas nas alíneas *a* e *b* do art. 19, quando os interessados retomam a responsabilidade pela instituição financeira, seja para prosseguir nas atividades econômicas da sociedade, seja para efetivar sua liquidação. Não faz sentido a apresentação de garantias para o requerimento da falência, procedimento que vai se desenvolver no âmbito do Poder Judiciário. Sendo assim, não faz também sentido que o parágrafo único do art. 21 esteja admitindo essa possibilidade.

5. Análise da decretação da falência das sociedades submetidas a regime especial nos anteprojetos que visam reformar a Lei nº 6.024, de 1974

A necessidade de reforma da Lei nº 6.024, de 1974, é uma idéia defendida por praticamente todos os estudiosos do tema intervenção e liquidação extrajudicial. Embora não seja tão antigo quanto a revogada Lei de Falências, o diploma legal sob comento foi editado em uma época em que vigorava o autoritarismo, o que

possibilitava a atuação do Poder Executivo de forma livre, sem a sua submissão a controles rígidos de legalidade.

Apesar dessas características, a aplicação da Lei nº 6.024, de 1974, na prática, tem sofrido uma série de adaptações aos ditames constitucionais trazidos pela CRFB/1988. Não obstante, mais de trinta anos após a sua edição, diante da experiência vivida pelo Banco Central no trato da questão e tendo em conta as modificações trazidas pela nova legislação falimentar, tornou-se imprescindível a retomada dos estudos sobre a edição de um novo normativo para regular a atuação do Banco Central diante das crises enfrentadas por instituições financeiras.

Assim, estudos estão sendo feitos no âmbito dessa Autarquia no intuito de viabilizar a edição do novo diploma legal, o que resultou na elaboração de anteprojetos de lei, que modificam todo o procedimento de intervenção *lato sensu* nas instituições financeiras problemáticas.

Registre-se, entretanto, que se pretende aqui discutir somente as propostas trazidas nos mencionados anteprojetos que se relacionem com o tema tratado no presente trabalho, quais sejam, a competência para processar a efetiva liquidação da instituição financeira e o momento para efetuar a eventual transferência dessas atribuições.

Em síntese, a legislação em vigor atribui ao Banco Central o poder de decidir sobre a capacidade da instituição financeira de permanecer no sistema financeiro; sendo o caso de afastamento, cabe à Autarquia supervisionar o procedimento traçado para esse fim. Excepcionalmente, pode o Banco Central transferir ao Poder Judiciário a competência para liquidar a instituição financeira, desde que preenchidos os requisitos legais previstos na Lei nº 6.024, de 1974.

Essa questão sofre significativas mudanças com os anteprojetos sob análise. Entretanto, não há, ainda, um consenso sobre qual a melhor alternativa a ser adotada. Diante desse fato, é importante discorrer sobre a solução que melhor se coaduna com os interesses envolvidos na retirada de uma instituição financeira do Sistema Financeiro Nacional.

5.1 Análise dos anteprojetos²⁶

As primeiras propostas apresentadas têm como ponto comum a permanência do tratamento diferenciado para as instituições financeiras, corroborando a tese defendida no curso deste trabalho de que essas instituições possuem características peculiares se comparadas com as demais sociedades empresárias, o que justifica a necessidade de procedimentos distintos para a sua retirada do mercado.

Outro ponto em comum em todos os anteprojetos é a permanência, no âmbito do Banco Central, da atribuição de decidir sobre a continuidade da instituição financeira no mercado. Assim, a decisão de uma intervenção severa na sociedade empresária pertence à Autarquia, obedecidos os critérios legais definidos na legislação, após o insucesso da utilização dos mecanismos preventivos colocados à sua disposição.

O novo ordenamento das liquidações das instituições financeiras deve, então, partir das seguintes premissas: a) tratamento diferenciado para as instituições financeiras, em virtude da presença de interesses públicos na sua manutenção, tais como a estabilidade do sistema financeiro, a integridade do sistema de pagamentos e a proteção da economia popular; b) atuação necessária do Banco Central, cabendo à Autarquia a decisão sobre a conveniência de retirar do mercado a instituição financeira problemática da forma menos onerosa possível.

Fixadas essas condições básicas, cumpre definir a forma de atuação do Banco Central e até em qual momento a Autarquia deve atuar.

A adoção do mecanismo de três fases para a liquidação da instituição financeira, presentes em algumas propostas, merece elogios. A previsão de existência de um **plano de regularização** a ser seguido pela instituição financeira e fiscalizado de forma intensiva pela autoridade competente demonstra que essa escolha legislativa vai privilegiar a utilização dos mecanismos preventivos e vai viabilizar a recuperação da sociedade. Essa solução retira o inconveniente existente na legislação atual de ter o procedimento de intervenção como o mecanismo

26/ Foram analisados os seguintes anteprojetos de lei: a) elaborado pelo Departamento de Liquidações (DELIQ), b) apresentado por Luis Carlos Sturzenegger em STURZENEGGER, Luis Carlos. **Relatório final do contrato nº 2001/005836**. Programa Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD – cópia obtida na Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, e c) proposta apresentada pelo Grupo de Trabalho formado por Adriana Soares Sales e Eduardo Lundberg, ambos servidores do Banco Central do Brasil.

disponível para a recuperação da instituição financeira em crise, o que é crítico tanto pela sua ineficiência, como pela atribuição conferida à Autarquia de supervisionar o gerenciamento de uma sociedade, função que não se enquadra nas atribuições típicas de um banco central.

A única ressalva a ser feita diz respeito à possibilidade de quebra do elemento confiança dos depositantes da instituição financeira submetida a essa fiscalização intensiva, como se o procedimento fosse o anúncio de que a sociedade está sob risco de sofrer uma liquidação, o que pode gerar uma corrida bancária e a conseqüente situação de insolvência daí decorrente. Por se tratar de uma inovação no ordenamento jurídico vigente, sua credibilidade dependerá da forma pela qual o Banco Central conduzirá o seu processamento, não podendo restringir sua aplicação aos casos graves ou optar por essa alternativa tardiamente.

Em um segundo momento, verificada a impossibilidade de recuperação da empresa, cabe ao Banco Central decretar a intervenção na instituição financeira problemática. Essa intervenção deve ser uma **intervenção preparatória**, instaurada para encaminhar a instituição financeira para uma liquidação que vai ocorrer em curto prazo. A decisão de retirar do mercado a instituição financeira, como visto, permanece como atribuição do Banco Central, por ser esse momento de crucial importância para o sistema financeiro.

A terceira fase a ser observada seria a **liquidação da instituição financeira**. Em todas as propostas, percebe-se que o Banco Central não mais se responsabiliza pela condução do procedimento, o que também merece elogios. Ao decidir a Autarquia pela inviabilidade da instituição financeira, pressupõe-se o esgotamento das medidas saneadoras disponibilizadas à autoridade monetária para recuperação da sociedade, bem como a extinção do risco ao sistema financeiro, gerado pela má atuação da instituição financeira no mercado. Encaminhada a instituição para a liquidação, não mais se pode falar em instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central, mas apenas em uma massa patrimonial, composta de ativos e passivos, que visa a satisfazer apenas aos interesses privados dos seus credores.

Não obstante estarem resguardados os interesses dos credores em ambos os procedimentos sugeridos, a adoção da alternativa que atribui ao Poder Judiciário a condução da liquidação da instituição financeira inviável deve ser a preferida. Conforme dito, nessa fase não há interesse público que justifique um tratamento

diferenciado para as instituições financeiras. Sendo assim, razão não há para manutenção de procedimentos distintos. Acrescente-se que a Lei de Falências foi recentemente alterada, não havendo mais o argumento da necessidade de sua atualização, justificável se ainda estivesse em vigor o normativo anterior. E, ainda, é importante registrar que a nova legislação prevê a participação dos credores no procedimento de falência, mediante a possibilidade de determinação, na sentença declaratória da falência, da convocação da Assembléia de Credores, nos termos previstos no art. 99, inciso XII, da Lei nº 11.101, de 2005.

Conforme debatido nos parágrafos anteriores, não há diferenciação relevante entre a massa falida de uma instituição financeira e a massa falida de uma sociedade empresária comum, razão pela qual é conveniente o aproveitamento do procedimento já estabelecido para tais sociedades também para as instituições financeiras, ressalvada a necessidade de efetuar algumas adaptações à realidade dessas últimas. Desse modo, decidindo o Banco Central pela inviabilidade da sociedade bancária, deve a Autarquia atuar para promover o requerimento da sua falência no juízo competente, seguindo o procedimento já previsto na nova Lei de Falências.

Por todo o exposto, é conveniente que, na alteração pretendida, o Banco Central conserve os seus poderes decisórios no que se refere à conveniência da manutenção ou da retirada de uma instituição financeira do mercado. Para tanto, deve equipar-se de mecanismos preventivos, no intuito de solucionar os problemas que surgirem da forma menos onerosa possível – fase de supervisão intensiva. Não surtindo efeito as medidas preventivas, de acordo com as hipóteses previstas em lei, a Autarquia deve decidir pela retirada do mercado da instituição financeira inviável, agindo de modo com que essa decisão seja absorvida com o menor impacto possível, tanto pelo sistema financeiro, quanto pelos interessados diretos na dissolução, tais como depositantes, investidores e credores – fase de intervenção. Tomadas as providências necessárias, sem que tenha sido possível a resolução da questão no momento da intervenção, seja com a reorganização da instituição financeira, seja com a retomada das atividades mediante capitalização, entre outras alternativas previstas no diploma legal, é conveniente que haja previsão para que o Banco Central requeira a falência da instituição financeira, que deverá ser processada no Poder Judiciário, na forma prevista pela Lei nº 11.101, de 2005. A falência nesse caso terá como requisito apenas o transcurso

do prazo previsto para duração da intervenção, sem a ocorrência de qualquer das causas capazes de ensejar o seu encerramento.

6. Conclusão

Este trabalho centrou-se na previsão da Lei nº 6.024, de 1974, de coexistência do regime de liquidação extrajudicial e do regime judicial da falência, e nas dúvidas jurídicas geradas pela sujeição das instituições financeiras a regimes de natureza, finalidades e procedimentos similares.

É inegável a possibilidade de as instituições financeiras terem a sua falência decretada, pois o art. 1º da Lei nº 6.024, de 1974, prevê expressamente a sujeição dessas sociedades a essa forma de liquidação. Ocorre, entretanto, que ao mesmo tempo em que admite a sujeição das instituições financeiras ao regime falimentar, o diploma legal em comento traz requisitos que devem ser observados para que o pedido de quebra possa ser feito no Poder Judiciário.

Assim, dadas as considerações do presente trabalho, conclui-se que o Banco Central pode autorizar o interventor/liquidante a requerer a falência da instituição financeira em um único momento, e somente se preenchidas as condições estipuladas pela legislação em vigor. Desse modo, se o relatório previsto no art. 11 da Lei nº 6.024, de 1974, concluir pelo estado de insolvência da sociedade bancária, caracterizado pela legislação como a incapacidade de pagamento da metade dos créditos quirografários, pode o Banco Central conceder a mencionada autorização.

De acordo com uma interpretação rígida da lei, esse seria o único momento admitido pela legislação para a transferência da atribuição de liquidar a instituição financeira ao Poder Judiciário. Após esse momento, se iniciados os procedimentos de efetiva liquidação da sociedade bancária pelo Banco Central, o encaminhamento dos autos a outra instância vai acarretar a repetição de atos já efetuados e, conseqüentemente, o prolongamento do processo de dissolução da instituição financeira, além de aumentar os custos dessa intervenção estatal.

De outro lado, parcela considerável da doutrina opõe-se à opção legislativa por um tratamento extrajudicial para a dissolução das instituições financeiras. Diante desse cenário, foram analisadas as causas que ensejaram a adoção de um

procedimento administrativo de liquidação e se, atualmente, tais justificativas permanecem.

As instituições financeiras pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional, por lidarem, em sua maioria, com o crédito e com a moeda, tornam-se vulneráveis e capazes de influenciar todo o sistema financeiro e, em última instância, a economia do país. Essa é a razão que justifica a intervenção do Estado nesse setor, que se materializa, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, em ampla atuação do Banco Central em regular, fiscalizar, punir e, em situação extrema, retirar do mercado a instituição financeira que não se mostra apta a nele atuar.

A decisão pela retirada do mercado da sociedade bancária irrecuperável pode gerar efeitos no sistema financeiro, razão pela qual deve ser atribuída ao órgão especializado, capaz de mensurar os reflexos que essa medida pode acarretar no mercado.

Cumprе ressaltar que, quando se chega ao procedimento de efetiva liquidação, a sociedade bancária já não passa de uma massa, composta de ativos a realizar e passivos a serem pagos. Nesse ponto, não há mais interesse público que justifique a manutenção do procedimento nas mãos da autoridade monetária responsável pela tutela do sistema financeiro.

Assim, ao analisar a situação sob uma perspectiva atual, verifica-se a tendência em se retirar a atribuição de liquidação das instituições financeiras das mãos da autoridade fiscalizadora, para transferi-la ao Poder Judiciário. Podem ser arroladas como justificativas para a eleição do procedimento judicial a maior transparência dessa forma de liquidação, a maior participação dos credores no procedimento, além de tal escolha acabar com uma das causas apontadas como ensejadoras da morosidade do procedimento liquidatório: a submissão dos atos e decisões administrativos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Por fim, resta mencionar que o presente trabalho, com respaldo nos anteprojetos que estão em andamento no intuito de viabilizar a reforma da Lei nº 6.024, de 1974, traçou algumas considerações que objetivam colaborar com as alterações pretendidas. Destaca-se, nesse ponto, a adoção do entendimento que elege o procedimento judicial da falência como o mais indicado para a efetiva dissolução da sociedade financeira inviável, nos termos previstos pela legislação em vigor – Lei nº 11.101, de 2005 –, permanecendo como atribuição do Banco Central a decisão sobre a conveniência de retirar do mercado a instituição fi-

nanceira problemática e o processamento dos atos eventualmente destinados a transferir a atividade bancária para outro componente do sistema, a ser feito da forma menos onerosa possível.

Referências

BOTREL, Sérgio. Liquidação bancária e temas afins. *In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. ano 8, n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n. 717.166**, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 21/11/2005; **REsp. n. 601.766**, Relator Ministro José Delgado, DJ de 31/5/2004; **REsp. n. 67.272**, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 6/4/1998; **REsp. n. 94.221**, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 9/9/1996; **REsp. n. 38740**, Relator Ministro Cláudio Santos, DJ de 21/11/1994. Disponível em: <http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>

LUNDBERG, Eduardo. Saneamento do Sistema Financeiro *In: SADDI, Jairo (org.). Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999.

PAULIN, Luiz Alfredo. Conceito de intervenção e liquidação extrajudicial – Pressupostos para sua decretação. *In: SADDI, Jairo (org.). Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 14. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995.

SADDI, Jairo. Algumas propostas de mudança para a Lei 6.024. *In: SADDI, Jairo (org.). Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999.

SIQUEIRA, Francisco José de. O Papel do Banco Central no Processo de Intervenção e Liquidação Extrajudicial. *In: SADDI, Jairo (org.). Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999.

SOUTELLO, Luiz Haroldo Gomes de. **Conversão de liquidação extrajudicial em falência**. Banco Central do Brasil – Concurso de Monografias para Acesso à 1ª Categoria da Carreira de Procurador, setembro de 1993.

STURZENEGGER, Luis Carlos. **Relatório final do contrato nº 2001/005836** – Programa Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD – cópia obtida na Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil.

VIANNA, Frederico. **Insolvência bancária**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

Parecer PGBC-44/2006

Informações referentes aos mecanismos utilizados pelo Banco Central do Brasil no exercício de sua competência constitucional para regular a oferta de moeda e a taxa de juros, prevista no art. 164, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.657.

Marcelo Madureira Prates

Consultor Jurídico do Banco Central

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Coordenador-Geral da Área de Consultoria Monetária e Internacional

Francisco José de Siqueira

Procurador-Geral do Banco Central

Parecer PGBC-44/2006

Proc. 0601324399

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3657 – REQUERENTE: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA (PDT) – REQUERIDO: BANCO CENTRAL DO BRASIL – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR – PRETENSÃO INCONSTITUCIONALIDADE DA CIRCULAR QUE CRIOU O COMITÊ DE POLÍTICA MONETÁRIA (COPOM) E A ORIGEM DA TAXA SELIC – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – CIRCULAR REVOGADA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – HIPÓTESE DE INCONSTITUCIONALIDADE INDIRETA OU REFLEXA – NORMATIVO QUE DISCIPLINA PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS INTERNOS SEM A DIVULGAÇÃO DE NORMAS GERAIS OU ABSTRATAS – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU À SEGURANÇA JURÍDICA – ATO NORMATIVO FUNDADO EM NORMA LEGAL – COMPETÊNCIA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL PARA EXECUTAR A POLÍTICA MONETÁRIA – AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS* E DE *PERICULUM IN MORA*.

Senhor Procurador-Geral:

Assunto

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 3.657) proposta pelo PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA (PDT), com o objetivo específico de ver declarada a inconstitucionalidade da Circular BCB 2.698, de 20 de junho de 1996, que criou a Taxa Básica do Banco Central (TBC), mais tarde substituída pela Taxa Selic (Circular BCB 2.868, de 4 de março de 1999 – doc. 04), e o Comitê de Política Monetária (Copom).

2. O Requerente começa por alegar que a edição da Circular 2.698, de 1996, violou “o princípio da legalidade estatuído no *caput* do art. 37 da Carta Maior”. Contudo, ao desenvolver esse argumento, afasta-se do plano constitucional e diz

que a agora referida Circular afronta, isso sim, o art. 10 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, pois, apesar de ela indicar esse artigo como fundamento legal de sua validade, “não há – no mencionado dispositivo infraconstitucional – qualquer autorização legal ou constitucional (*sic*) para que o Banco Central do Brasil possa instituir ou criar Comitê ou Taxa Básica, muito menos mediante CIRCULAR”.

3. Na seqüência, ainda que sem embasamento específico ou elucidativo, diz o Requerente que a Circular atacada agride igualmente os princípios da especialidade e da indelegabilidade da competência tributária, designadamente por não haver “lei delegando ao Banco Central do Brasil [poder] para criar a Taxa Básica (Selic), tampouco o Comitê de Política Monetária (Copom)”. Na mesma linha, afirma-se, *en passant*, que a Diretoria Colegiada agiu com excesso de poder no caso, pois editou o normativo sem que os poderes necessários lhe tivessem sido legalmente atribuídos.

4. Mais à frente, sempre repetindo a idéia inicial de que não há autorização legal para a regulação do tema por meio da multicitada Circular – argumento, aliás, que constitui o cerne do fundamento da ação, em torno do qual todos os demais argumentos gravitam –, o Requerente menciona que a edição desse normativo ofende o princípio da segurança jurídica, já que esta Autarquia “deveria pautar suas decisões em normas vigentes e válidas, transparentes e inteligíveis, não em pressupostos de existência” e também que a Circular 2.698, de 1996, cria, ainda que não diga o porquê, “instabilidade e descrédito ao sistema vigente”.

5. Ainda sob a rubrica da agressão ao princípio da segurança jurídica, o Requerente afirma, outra vez sem fundamentar, que a TBC “foi utilizada para enganar a limitação legal dos juros moratórios dos débitos tributários de 1% ao mês, de acordo com o art. 161, §1º”, do Código Tributário Nacional, e que a taxa básica de juros não poderia ser alterada por ato normativo inferior à lei complementar, muito menos por “atos administrativos, como as circulares do Copom/Bacen (*sic*)”.

6. Por fim, é pedida a suspensão cautelar da Circular combatida, eis que presentes, segundo o Requerente, tanto o *fumus bonis iuris*, pois a “matéria” tem contestada “a sua aplicabilidade, dentre outras, para fins tributários, visto inexistir sua previsão no ordenamento jurídico”, como o *periculum in mora*, porquanto o ato normativo tem produzido “nocivos e irreparáveis efeitos”, especialmente porque “a Taxa Básica do Banco Central constitui arma poderosa nas mãos da

administração pública, usando-a para controlar a aferição de seus índices, majorando-os ou diminuindo-os ao seu bel-prazer”.

7. Em face dos termos da peça inicial da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade e do pedido de medida cautelar, o Ministro Relator solicitou ao Presidente do Banco Central a prestação de informações a respeito do quanto alegado, na forma do art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. É para subsidiar essas informações que se desenvolve a análise a seguir.

Apreciação

PRELIMINARMENTE

I – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR: REVOGAÇÃO DA CIRCULAR 2.698, DE 1996.

8. Logo no início de sua peça, o Requerente delimita o objeto da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade ao estabelecer que ela tem como fim único, note-se, “obter dessa Suprema Corte a declaração de inconstitucionalidade da Circular 2.698, de 20 de junho de 1996”.

9. No entanto, a Circular 2.698, de 1996, não mais existe no mundo jurídico, uma vez que foi expressamente revogada pela Circular 2.780, de 12 de novembro 1997 (doc. 03 anexo), cujo art. 4º dispôs de forma textual:

Art. 4º Esta Circular entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeito a partir de 02.01.98, inclusive, data em que produzirá efeito, também, a Circular nº 2.761, de 18.06.97, e quando ficarão revogadas as Circulares nºs 2.698, de 20.06.96, e 2.711, de 28.08.96 [grifo nosso].

10. Ora, se o ato normativo que se pretende ver controlado no que toca à sua compatibilidade constitucional não está mais em vigor, o pretendido controle, mais do que dificultado, revela-se desnecessário: não há razão para se aferir constitucionalidade de norma revogada, especialmente porque o efeito de eventual declaração de inconstitucionalidade seria o de impedir a aplicação da

norma impugnada, o que já foi obtido, de forma até mais incisiva, quando de sua revogação, momento em que lhe foi retirada a vigência.

11. Cite-se, por todos, a ementa do julgamento na ADIn 2.157/BA (Tribunal Pleno – Relator: Min. Moreira Alves – Julgamento: 10.4.2003 – Publicação: DJ 6.6.2003, p. 29), que não deixa dúvida sobre o que ora se afirma:

Ação direta de inconstitucionalidade. Alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III do artigo 3º da Lei nº 7.508, de 22 de setembro de 1999, artigo 8º, incisos I, II e III, e §§ 1º e 2º, do Decreto nº 7.699, de 9 de novembro de 1999, e artigo 9º, incisos I e II do mesmo Decreto, todos do Estado da Bahia. - Tendo a Lei estadual nº 7.981, de 12.12.01, revogado expressamente a Lei estadual nº 7.508, de 22.09.99, da qual foi atacado o artigo 3º, III, “a”, “b” e “c”, e não mais subsistindo, pela natureza acessória do Decreto estadual nº 7.699/99, os dispositivos dele também impugnados, ficou prejudicada a presente ação direta por perda superveniente de seu objeto, porquanto **já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que o interesse de agir, em ação dessa natureza, só existe enquanto estiver em vigor a norma jurídica impugnada, independentemente de essa norma ter, ou não, produzido efeitos concretos** (assim, a título exemplificativo, nas ADI’s 420-QO, 747-QO e 1.952).
Ação direta que se julga prejudicada [grifo nosso].

12. Por essa razão, deve ser reconhecida a ausência de interesse de agir na presente ação, declarando-se prejudicado o pedido formulado na inicial.

II – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA: INCONSTITUCIONAL-LIDA DE INDIRETA OU REFLEXA – ATO NORMATIVO DE EFEITOS INTERNOS

13. Ainda que a alegação da ausência de interesse de agir não fosse suficiente para impedir o controle de constitucionalidade pleiteado – o que se admite apenas para que o debate da questão seja pleno –, há dois outros argumentos a demonstrar a inadequação da via eleita na hipótese.

14. Em primeiro lugar, a inconstitucionalidade da Circular 2.698, de 1996, apontada pelo Requerente seria, ainda que existente, meramente reflexa ou indireta. Não há como dizer da constitucionalidade da Circular em questão sem avaliar a norma infraconstitucional que lhe dá suporte de validade. Tanto que o funda-

mento central da presente ação, como adiantado, reside na afirmação de que não há autorização legal para a regulação do tema por meio da muito referida Circular, retirando o Requerente, daí, uma suposta ofensa ao princípio da legalidade.

15. É o próprio Requerente quem diz e salienta que “a leitura do citado dispositivo (art. 10 [da Lei 4.595, de 1964]), nos permite inferir, sem margem a erro, que não há – **no mencionado dispositivo infraconstitucional** – qualquer autorização legal ou constitucional para que o Banco Central do Brasil possa instituir ou criar Comitê ou Taxa Básica, muito menos mediante CIRCULAR” (*sic*) [grifo nosso]. Mais ainda. Em outra parte, fazendo referência outra vez ao normativo revogado, o Requerente afirma que “o Ato Normativo combatido é a CIRCULAR 2.698, de 1996, compreendendo, aqui, ato normativo como sendo todo ato que tem por finalidade explicitar a regra jurídica. Nesse conceito se inclui **a Circular do Banco Central que regulamenta ou pretende regulamentar a lei, não podendo extrapolá-la**” [grifo nosso].

16. Está claro, pois, que a discussão central desta Ação Direta de Inconstitucionalidade gira em torno de se definir se a Circular 2.698, de 1996, possui ou não fundamento **legal** de validade, é dizer, se a citada Circular encontra ou não amparo em uma norma **legal**. Portanto, não há como o Supremo Tribunal Federal avaliar se a Circular 2.698, de 1996, ofende o princípio da legalidade sem descer à análise da norma infraconstitucional mediadora. Somente depois de empreendido e solucionado o debate sobre a adequação da Circular às normas infraconstitucionais de regência é que se pode partir para a definição de eventual agressão ao princípio constitucional em questão, qual seja, o da legalidade, o que demonstra que a inconstitucionalidade invocada pelo Requerente para abrir a via extraordinária do controle de constitucionalidade é meramente reflexa ou indireta.

17. Sobre o ponto, a parte inicial da ementa de julgamento da ADI-MC 1.776/DF (Tribunal Pleno – Relator: Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento: 18.3.1998 – Publicação: DJ 26.5.2000, p. 24) traz esclarecimento que bem resume a questão:

GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO MENSAL: SUA INSTITUIÇÃO POR NORMA ADMINISTRATIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA OS SEUS SERVIDORES, INATIVOS E PENSIONISTAS, FUNDADO EM QUE VANTAGEM CORRESPONDENTE FORA ATRIBUÍDA AOS SEUS POR RESOLUÇÕES DO SENA-

DO FEDERAL E DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: DENSA PLAUSIBILIDADE DA ARGÜIÇÃO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE A IMPOR SUA SUSPENSÃO CAUTELAR, MALGRADO A JUSTIÇA DA SUA INSPIRAÇÃO. I. Inconstitucionalidade direta e inconstitucionalidade mediata, reflexa ou indireta: diferenciação: 1. Não basta a desqualificar uma questão de inconstitucionalidade e inviabilizar a ação direta que a fundamentação do ato questionado invoque um vínculo qualquer com normas de hierarquia infraconstitucional: o que degrada o problema ao nível da inconstitucionalidade mediata, reflexa ou indireta – assimilável ao de mera ilegalidade –, é que efetivamente a conclusão sobre a compatibilidade entre o ato impugnado e a Constituição pressuponha a solução de controvérsia real sobre a inteligência de norma interposta de alçada infraconstitucional. (...).

18. Em segundo lugar, igualmente a demonstrar a inadequação da via eleita, basta a simples leitura do teor da atacada Circular 2.698, de 1996, para se perceber que ela representa ato normativo que disciplina unicamente procedimentos administrativos internos a serem observados pelo Banco Central do Brasil na execução de uma de suas principais competências institucionais – a condução da política monetária –, não divulgando uma única norma geral ou abstrata que pretenda regular a conduta dos administrados.

19. A edição da referida Circular teve como objetivo essencial – isso será retomado à frente – dar publicidade à forma como é debatida, gerida e conduzida uma das políticas públicas fundamentais, a política monetária, por meio da qual se procura ajustar a liquidez da economia¹.

20. De fato, como a condução da política monetária é a mais característica das competências de um banco central, seria até desnecessária a edição de ato normativo que a divulgasse em seus pormenores, mormente porque a Lei 4.595, de 1964, conferiu tal prerrogativa ao Banco Central do Brasil e dedicou-lhe numerosos instrumentos para o seu desempenho, bastando citar, de modo ilustrativo, a emissão de papel-moeda, os recolhimentos compulsórios, as operações de redesconto e as operações em mercado aberto (art. 10, I, III, IV, V e XII). Foi, contudo, pretendendo dar transparência às minúcias desse tão importante mister, de

1/ Nas palavras de Lopes e Rossetti, define-se a política monetária como “o controle da oferta de moeda e das taxas de juros, no sentido de que sejam atingidos os objetivos da política econômica” ou, alternativamente, como “a atuação das autoridades monetárias, por meio de instrumentos de efeito direto ou induzido, com o propósito de controlar a liquidez do sistema econômico” (LOPES, João do Carmo; ROSSETTI, José Paschoal. **Economia monetária**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 253).

inegável interesse público, que o Banco Central editou a Circular ora hostilizada.

21. Tanto assim é que todas as normas constantes na Circular 2.698, de 1996, são dirigidas ao próprio Banco Central, mais especificamente a uma parcela da sua estrutura que, para dar maior confiabilidade, especialidade e legitimidade ao exercício da política monetária, foi dela destacada e nomeada de Comitê de Política Monetária – Copom (art. 2º). O art. 4º da mencionada Circular, ao tratar das atribuições e competências dos integrantes do Copom, é exemplo acabado do que se está afirmando. Veja-se que as normas aí presentes somente disciplinam condutas a serem adotadas pelo Presidente do Banco Central, por sua Diretoria Colegiada e por alguns chefes de departamento.

22. Em nenhuma das normas da Circular 2.698, de 1996 – e das Circulares que a sucederam, diga-se logo –, encontra-se qualquer definição de conduta a ser observada de modo compulsório pelos cidadãos. A disciplina introduzida pela Circular é exclusivamente interna, relacionada a procedimentos a serem observados por autoridades do Banco Central do Brasil na definição e execução da política monetária. Não há, portanto, nessa Circular norma alguma que estabeleça comandos de observância geral e abstrata e que, por isso, mereça ser constitucionalmente controlada.

23. A propósito, a ementa do julgado na ADIn 1.527/SC (Tribunal Pleno – Relator: Min. Maurício Corrêa – Julgamento: 5.11.1997 – Publicação: DJ 18.5.2000, p. 430) corrobora a integralidade do que neste caso se expôs:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 10.168/96, DO ESTADO DE SANTA CATARINA E RESOLUÇÃO Nº 76, DO SENADO FEDERAL. EMISSÃO DE TÍTULOS DE DÍVIDA PÚBLICA PARA PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS. LETRAS FINANCEIRAS DO TESOUREIRO EM VALOR SUPERIOR AOS PRECATÓRIOS PENDENTES DE PAGAMENTO À ÉPOCA DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: PRETENSÃO DE REEMBOLSO DOS VALORES JÁ EXPENDIDOS. AFRONTA AO ART. 33 DO ADCT-CF/88. MATÉRIA DE FATO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. 1. **Há impossibilidade de controle abstrato da constitucionalidade de lei, quando, para o deslinde da questão, se mostra indispensável o exame do conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais de lei** ou matéria de fato. Precedentes. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Violação ao art. 33 do ADCT/CF-1988 e ao art. 5º da EC nº 3/93. Alegação fundada em elementos

que reclamam dilação probatória. Inadequação da via eleita para exame da matéria fática.

3. **Ato de efeito concreto, despido de normatividade, é insuscetível de ser apreciado pelo controle concentrado.** Ação direta não conhecida [grifo nosso].

24. Nesse passo, por todas as razões expendidas, a Ação Direta de Inconstitucionalidade em causa não merece ser conhecida.

NO MÉRITO

III – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU À SEGURANÇA JURÍDICA

25. Como antecipado no título precedente, a mais característica das competências de um banco central é, sem dúvida, a condução da política monetária.

26. O art. 164 da Constituição da República traz as normas fundamentais a conferir ao Banco Central do Brasil a competência pela execução da política monetária. Nesse sentido, além do *caput*, o §2º do art. 164, bastante elucidativo para o caso concreto, é explícito ao dispor sobre o tema:

§2º O Banco Central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, **com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros** [grifo nosso].

27. Ao atribuir ao Banco Central a competência para comprar e vender títulos públicos, com o objetivo de regular as principais variáveis do mercado monetário (a oferta de moeda e a taxa de juros), a Constituição simultaneamente incumbe a Autarquia da execução da política monetária e consagra um dos seus mais importantes instrumentos: a condução de operações em mercado aberto.

28. No plano infraconstitucional, a Lei 4.595, de 1964, reforça essa prerrogativa do Banco Central do Brasil e lhe dedica numerosos instrumentos para o desempenho do relevantíssimo mister, bastando citar, a propósito, a emissão de papel-moeda, os recolhimentos compulsórios, as operações de redesconto e as operações em mercado aberto (art. 10, I, III, IV, V e XII).

29. Note-se, todavia, que, a par da **execução** da política monetária a cargo da Autarquia, a Lei 4.595, de 1964, nos termos dos incisos I e II do seu art. 3º, conferiu ao Conselho Monetário Nacional a responsabilidade pela **formulação** da política monetária, competências que, apesar de serem distintas, são complementares.

30. A execução, pelos órgãos do Banco Central, da política formulada pelo Conselho Monetário Nacional deve, naturalmente, seguir as orientações provenientes da superior administração desta Autarquia, à semelhança do que ocorre com o desempenho de toda e qualquer competência legal confiada ao Banco Central.

31. É nesse contexto que surge o Copom. Esse Comitê foi regulado pela Circular 2.698, de 1996, com o objetivo de definir a denominada taxa básica do Banco Central (TBC), criada na mesma oportunidade². A aludida Circular foi revogada, como visto, pela Circular 2.780, de 12 de novembro de 1997³, que trouxe novo regulamento para o Copom, atribuindo-lhe a fixação da TBC e da taxa de assistência do Banco Central (TBAN), criada pela Circular 2.711, de 28 de agosto de 1996⁴. A Taxa Selic foi introduzida com a edição da Circular 2.868, de 4 de março de 1999⁵, que veiculou novo regulamento do Copom. Essa Circular manteve-se em vigor até 24 de junho de 1999, quando foi editada a Circular 2.900⁶. Hoje, o regulamento do Copom está disciplinado na Circular 3.297, de 31 de outubro de 2005⁷.

32. Saliente-se que o Comitê é formado pelos membros da Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil, com direito a voto, e por outras autoridades da Autarquia, com subordinação à Diretoria e sem direito a voto. Tais autoridades são, segundo o regulamento⁸, os chefes do Departamento Econômico (Depec), do Departamento de Operações das Reservas Internacionais (Depin), do Departamento de Operações de Mercado Aberto (Demab), do Departamento de Operações Bancárias e de Sistema de Pagamentos (Deban), do Departamento de Estudos e Pesquisas (Depep) e da Gerência-Executiva de Relacionamento com Investidores (Gerin).

2/ Regulamento anexo à Circular nº 2.698, de 1996, art. 1º e 3º (doc. 01).

3/ Doc. 03.

4/ Doc. 02.

5/ Doc. 04.

6/ Doc. 05.

7/ Doc. 07.

8/ Art. 3º, §2º, do regulamento anexo à Circular nº 3.297, de 31 de outubro de 2005 (doc. 07).

33. Sublinhe-se também que a principal atribuição do Copom, desde sua instituição, é a fixação da **meta da taxa de juros** que deve ser perseguida pelo Banco Central em suas **intervenções de caráter indutivo na economia**^{9/}, em especial as operações de mercado aberto, representadas pela compra e venda de títulos públicos.

34. O atual regime monetário brasileiro, conhecido como **regime de metas de inflação**, foi instituído pelo Decreto nº 3.088, de 21 de junho de 1999, editado pelo Presidente da República no exercício da competência legal para fixar as diretrizes da atuação do Conselho Monetário Nacional (art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.595, de 1964).

35. O regime funciona, em síntese, da seguinte maneira:

- (1) o Conselho Monetário Nacional (CMN) fixa, com determinada antecedência, uma **meta de inflação** que, dentro de certos intervalos de tolerância, deve ser atingida pelo Banco Central;
- (2) a Diretoria Colegiada desta Autarquia prescreve aos órgãos encarregados da execução da política monetária as medidas necessárias para atingir a meta. A mais importante das medidas, no regime de metas de inflação, é a fixação de uma **meta para a taxa de juros**: a Diretoria, nas reuniões do Copom, indica qual taxa de juros deve ser atingida para que se possa cumprir a **meta de inflação** estabelecida pelo CMN;
- (3) os órgãos do Banco Central, por fim, empregam os instrumentos de política monetária para atingir a **meta da taxa de juros** fixada, seja definindo o percentual que as instituições financeiras devem deixar compulsoriamente recolhido no Banco Central, seja manipulando as taxas do redesconto, seja ainda comprando ou vendendo títulos públicos no mercado aberto, tudo isso visando a aumentar ou reduzir a liquidez da economia de forma a balancear a realidade momentânea do mercado com a realidade pretendida pela autoridade monetária.

9/ Na lição de Eros Roberto Grau, a intervenção no domínio econômico **por indução** ocorre quando o Estado “manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”. Distingue-se marcadamente, nesse sentido, da outra espécie de intervenção sobre o domínio econômico: a intervenção **por direção**, mediante a qual “o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 168-169).

36. A terminologia empregada – **meta** para a taxa de juros – é essencial para a correta apreensão do fenômeno. O Banco Central **não fixa a taxa** por circular nem a determina “ao seu bel-prazer”, como pretendido pelo Requerente. Ele apenas **estipula a meta** que deve ser perseguida por seus órgãos no exercício da política monetária. Trata-se, para empregar a terminologia de Eros Grau, de intervenção na ordem econômica **por indução**, na qual “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”¹⁰. Em outras palavras: a fixação da **meta da taxa de juros** não é mais do que uma ordem emanada da Diretoria Colegiada por meio do Copom e dirigida aos órgãos desta Autarquia, com o objetivo de orientar o emprego dos instrumentos de política monetária de acordo com um cenário econômico pretendido.

37. A atual disciplina da **meta da taxa de juros**, chamada de **taxa Selic**, consta da Circular 2.900, de 1999, editada pelo Banco Central no exercício de sua competência para conduzir a política formulada pelo CMN, ou, em outras palavras, para “executar as políticas necessárias para cumprimento das metas [de inflação] fixadas [pelo CMN]”¹¹. O art. 2º, §1º, da Circular define a taxa Selic como “a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais”¹². O Selic, destinado à custódia de títulos públicos federais e à liquidação de operações entre instituições integrantes do sistema financeiro, é um sistema administrado pelo Banco Central, no qual ocorrem as intervenções do Demab em mercado aberto (a exemplo das compras ou vendas de títulos públicos).

38. A **meta da taxa Selic** não se confunde de maneira alguma com a estipulação de limites para a taxa de juros, cuja competência incumbe ao CMN, por força do disposto no art. 4º, IX, da Lei 4.595, de 1964. A fixação pelo CMN de limites para os juros cobrados em negócios privados, segundo a já aludida terminologia de Eros Grau¹³, é uma medida de intervenção na ordem econômica **por direção**; trata-se de norma cogente dirigida aos particulares e coercitivamente sancionada. De modo diferente, a perseguição, pelo Banco Central, da meta da

10/ GRAU, 2001, p. 169.

11/ Art. 2º do Decreto nº 3.088, de 21 de junho de 1999.

12/ Note-se que a Circular 3.119, de 18 de abril de 2002, incluiu o §3º no art. 2º da Circular 2.900, de 1999 (doc. 05), de cunho explicativo.

13/ GRAU, 2001, p. 168-169.

taxa Selic é medida fiduciária, que opera **por indução**, correspondendo a uma orientação dirigida aos órgãos desta Autarquia para que procurem influenciar o mercado de tal maneira que a taxa de juros atinja a meta estabelecida. Sem alguma espécie de orientação, a atuação indutiva do Banco Central perderia completamente o sentido. O Departamento de Operações do Mercado Aberto (Demab), por exemplo, não teria qualquer parâmetro para orientar suas intervenções em mercado aberto.

39. Vale aqui ressaltar que a fixação da **meta da taxa de juros** pelo Banco Central, por intermédio do Copom, constitui mecanismo da maior relevância para o exercício das atribuições constitucionais ligadas à regulação da oferta de moeda e da taxa de juros (art. 164, §2º, da Constituição da República)¹⁴. Sem o estabelecimento de um critério maior a ser atingido, as diferentes espécies de intervenção de política monetária perderiam eficácia e precisão, até porque deixariam de ser complementares, como de fato o são.

40. O Copom mais não é do que uma reunião regular da Diretoria Colegiada com alguns de seus assessores, dotada de rito específico e dirigida ao desempenho de uma competência deliberativa ordinária do colegiado. Tanto é assim que, num cenário hipotético em que fosse revogada toda a regulamentação atinente ao Copom, a fixação da **meta** para a taxa de juros passaria simplesmente a ser desempenhada em reuniões ordinárias da Diretoria.

41. A propósito, o art. 11 do atual regimento interno do Banco Central indica a correção dessa interpretação. Ao tratar das competências da Diretoria Colegiada, diz, em seu primeiro inciso, que a ela – a Diretoria do Banco Central – incumbe “fixar, em reunião do Comitê de Política Monetária (Copom), a meta da taxa Selic”. Verifica-se que a competência de fixar a meta da taxa Selic é, na realidade, da Diretoria Colegiada, da qual o Copom não é senão uma específica forma de manifestação.

42. Nada há de irregular, à evidência, no exercício, pela Diretoria do Banco Central, de uma atribuição conferida pela Constituição e por lei, já normalmente realizada em suas reuniões, mesmo antes da institucionalização do Copom. O estabelecimento de parâmetros para as intervenções em mercado aberto, de fato,

14/ § 2º (art. 164). O Banco Central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

sempre foi desempenhado pela Diretoria Colegiada. A anterior sistemática diferia da atual apenas pelo fato de que as metas a serem perseguidas eram estabelecidas em reuniões ordinárias do colegiado, no exercício da atribuição prevista no art. 11, I, *a*, do antigo Regimento Interno¹⁵, segundo o qual competia à Diretoria estabelecer, de acordo com as deliberações do CMN, as diretrizes concernentes às atividades do Banco Central na formulação e execução, no acompanhamento e controle da política monetária.

43. De tudo o que se expôs, percebe-se como a criação do Copom por meio da Circular 2.698, de 1996, teve o objetivo primordial de tornar públicos procedimentos internos do Banco Central, dando transparência à formação das decisões administrativas em tão relevante política pública como é a política monetária. Não se pretendeu, como visto, regular nenhuma atividade privada ou nela intervir. Ao contrário. Buscou-se trazer a público as orientações que dirigem a atuação do Banco Central na execução de sua competência essencial, de cariz tanto legal quanto constitucional. Com isso, o Banco Central, mais do que dar efetividade às normas da Lei 4.595, de 1964, que lhe conferem os instrumentos de atuação no âmbito da política monetária, especialmente o seu art. 10, procurou dar efetividade também às normas constitucionais que impõem a observância dos princípios da publicidade, da impessoalidade, da eficiência e, ressalte-se, da legalidade (*caput* do art. 37 da Constituição da República), além daquelas inseridas no já mencionado art. 164 da Constituição da República.

44. É exatamente por conta da dispersão, pelo há pouco citado art. 10, das competências atribuídas ao Banco Central para a condução da política monetária (incisos I, III, IV, V e XII) que o cabeçalho da circular que primeiro regulou o Copom (Circular 2.698, de 1996) cita como fundamento normativo o próprio art. 10 da Lei 4.595, de 1964, sem especificar qualquer inciso. Ainda que se possa ver aí alguma atecnia, seguramente ilegalidade não há e, menos ainda, inconstitucionalidade, sendo, portanto, de absoluta fragilidade o argumento em que se louva o Requerente.

45. É possível afiançar, em conclusão, que o Copom não é mais do que uma reunião da Diretoria Colegiada do Banco Central dotada de rito específico e

15/ Portaria nº 267, de 1996 (doc. 06). O atual Regimento Interno do Banco Central do Brasil pode ser encontrado no sítio http://www.bcb.gov.br/Pre/sobre/regimento_interno_bcb.pdf.

dedicada ao desempenho de uma das mais comezinhas atribuições de um banco central: a fixação da meta da taxa de juros que deve ser perseguida pela Autarquia, com o emprego dos instrumentos legais de política monetária. A instituição do Copom, por conseguinte, não é apenas regular, sob o ponto de vista jurídico, mas também louvável e consentânea com os princípios constitucionais que disciplinam a administração pública, por possibilitar a exposição pública dos argumentos técnicos que conduziram à fixação da meta da taxa de juros, conferindo transparência à deliberação.

46. Com base nessa suma, a demonstrar a perfeita juridicidade da instituição do Copom e, de igual modo, da fixação da **meta da taxa de juros**, hoje denominada Selic, caem por terra também os argumentos trazidos pelo Requerente de que o Banco Central teria ofendido o princípio da especialidade ou agido com excesso de poder. Demais, se não há ofensa à ordem jurídica, nenhuma insegurança jurídica é gerada pela instituição do Copom ou da meta da taxa Selic, ambos de farta fundamentação legal e constitucional.

47. Também por isso não há fundamento na afirmação do Requerente de que a **meta da taxa de juros** fixada pelo Banco Central foi “utilizada para enganá-la limitação legal dos juros moratórios dos débitos tributários de 1% ao mês, de acordo com o art. 161, §1º”, do Código Tributário Nacional. A uma, porque o próprio §1º do mencionado art. 161 admite que “os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês”, se a lei – note-se que não há exigência de que seja lei **complementar** – não dispuser de modo diverso. A duas, porque os juros no âmbito tributário federal passaram a ser calculados pela taxa Selic por expressa disposição de norma **legal**, no caso o art. 13 da Lei 9.065, de 20 de junho de 1995, que dispôs:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea *c* do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847¹⁶, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea *a.2*, da Lei nº 8.981¹⁷, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.

16/ Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) e dá outras providências.

17/ Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências.

48. Além disso, não se deve confundir a **meta da taxa Selic** fixada pelo Copom com a **taxa Selic** efetivamente apurada com base nas negociações dos títulos públicos federais no ambiente denominado Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), a qual, essa sim, é utilizada para fins de remuneração de créditos e débitos tributários. O valor efetivo da taxa Selic a cada período resulta, em verdade, da conjugação entre o resultado de operações que obedecem às leis de mercado e o impacto das intervenções indutivas da autoridade monetária.

49. Nada obsta, pois, que o legislador federal, como o fez na lei tributária, ou mesmo as partes contratantes, em negócios jurídicos privados, elejam a taxa Selic como índice de remuneração de suas obrigações, à maneira do que ocorre nos casos em que se opta por empregar índices aferidos por entidades privadas, como o IPC ou o IGP.

50. Por fim, de se sublinhar que inexistente ofensa ao princípio da indelegabilidade da competência tributária. Ao instituir a **meta** da taxa Selic, o Banco Central não está a exercer ou a usurpar competência tributária, que de fato não lhe pertence, mas, sim, a determinar um critério para a execução da política monetária, competência que lhe foi constitucional e legalmente atribuída, como explicitado. Diga-se, mais, que a meta da taxa Selic é tão-somente um critério a nortear a utilização dos instrumentos detidos pelo Banco Central para o exercício da política monetária.

Conclusão

51. De todo o exposto, podem-se retirar as seguintes conclusões acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT):

- a) **o requerente não tem interesse de agir** na presente ação, uma vez que a Circular 2.698, de 1996, que se pretende ver controlada no plano constitucional, foi expressamente revogada pela Circular 2.780, de 1997, razão suficiente para que seja declarado prejudicado o pedido formulado na inicial;
- b) **a via eleita** pelo Requerente para impugnar a Circular 2.698, de 1996, é **inadequada** por dois motivos: **em primeiro lugar**, porque o cer-

ne da ação procura debater se a Circular 2.698, de 1996, possui ou não fundamento **legal** de validade, tornando meramente reflexa ou indireta a inconstitucionalidade utilizada para abrir a via extraordinária do controle de constitucionalidade; **em segundo lugar**, porque a disciplina introduzida pela Circular questionada é exclusivamente interna, relacionada a procedimentos a serem observados por autoridades do Banco Central do Brasil na definição e execução da política monetária, não se veiculando norma alguma que estabeleça comandos de observância geral e abstrata e que, por isso, mereça ser constitucionalmente controlada;

- c) a Ação Direta de Inconstitucionalidade em causa, por essa dupla de motivos, não merece ser conhecida;
- d) a **execução da política monetária** é responsabilidade atribuída ao Banco Central do Brasil, tanto no plano **constitucional** (art. 164 da Constituição da República) como no plano **legal** (art. 10 da Lei 4.595, de 1964);
- e) a execução, pelos órgãos do Banco Central, da política formulada pelo Conselho Monetário Nacional deve, naturalmente, seguir as orientações provenientes da superior administração desta Autarquia, à semelhança do que ocorre com o desempenho de toda e qualquer competência legal confiada ao Banco Central;
- f) o **Copom**, que surge nesse contexto, não é mais do que uma forma de reunião singular da Diretoria Colegiada com alguns de seus assessores, dotada de rito específico e dirigida ao desempenho de uma competência deliberativa ordinária do colegiado;
- g) a principal atribuição do Copom, desde sua instituição, é a fixação da **meta da taxa de juros** que deve ser perseguida pelo Banco Central, em suas **intervenções de caráter indutivo na economia**, visando a dar execução à política monetária formulada pelo CMN;
- h) a fixação da **meta da taxa de juros** pelo Banco Central, por intermédio do Copom, constitui mecanismo da maior relevância para o exercício das atribuições constitucionais ligadas à regulação da oferta de moeda e da taxa de juros (art. 164, §2º, da Constituição da República). Sem o estabelecimento de um critério maior a ser atingido, as

intervenções de política monetária perderiam eficácia e precisão, até porque deixariam de ser complementares, como de fato o são;

- i) o Banco Central, portanto, **não fixa** a taxa de juros por circular nem a determina “ao seu bel-prazer”, como pretendido pelo Requerente. Ele apenas **estipula a meta** que deve ser perseguida por seus órgãos no exercício da política monetária;
- j) a instituição do Copom por meio da Circular 2.698, de 1996, teve o objetivo primordial de tornar públicos procedimentos internos do Banco Central, dando transparência à formação das decisões administrativas em tão relevante política pública, como é a política monetária;
- k) a instituição do Copom e, de igual modo, a fixação da **meta da taxa de juros**, denominada Selic, atendem a todos os requisitos de juridicidade, razão pela qual caem por terra também os argumentos trazidos pelo Requerente de que o Banco Central teria ofendido o princípio da especialidade ou agido com excesso de poder;
- l) o fato de não haver ofensa à ordem jurídica atesta que nenhuma insegurança jurídica é gerada pela instituição do Copom ou pela fixação da **meta** da taxa Selic, ambas com farta fundamentação legal e constitucional;
- m) a presente afirmação é válida, igualmente, em relação à suposta ofensa ao princípio da indelegabilidade da competência tributária. Ao instituir a **meta** da taxa Selic, o Banco Central não está a exercer ou a usurpar competência tributária, que de fato não lhe pertence, mas, sim, a determinar um critério para a execução da política monetária, competência que lhe foi constitucional e legalmente atribuída, como explicitado. A **meta** da taxa Selic é, tão-somente, um critério a nortear a utilização dos instrumentos detidos pelo Banco Central para o exercício da política monetária;
- n) a **meta da taxa** Selic fixada pelo Copom não deve ser confundida com a **taxa** Selic efetivamente apurada com base nas negociações dos títulos públicos federais no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), a qual, esta sim, é utilizada para fins de atualização de créditos e débitos tributários;

- o) o Requerente não possui o mínimo indício de bom direito a seu lado, como se demonstra no caso, bastando observar que somente agora, em 2006, ele vem atacar um normativo editado quase dez anos atrás, para se inferir que não há também nenhum *periculum in mora* a demandar a concessão de medida cautelar para suspender a aplicação da Circular 2.698, de 1996;
- p) a Ação Direta de Inconstitucionalidade requerida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), portanto, não merece prosperar, seja por seus defeitos preliminares, seja por sua inconsistência jurídica quanto ao mérito da questão debatida.

52. Finalmente, de se observar que, nos termos da Portaria 32.411, de 3 de novembro de 2005, as requisições e solicitações oriundas de Ministro do Supremo Tribunal Federal são consideradas da competência funcional do senhor Presidente do Banco Central (art. 2º, parágrafo único), cumprindo-lhe, por conseguinte, o envio da resposta à autoridade requisitante (art. 4º, III, *in fine*), com prévio pronunciamento desta Procuradoria-Geral.

53. Vimos, pois, submeter a Vossa Senhoria a anexa minuta de aviso-resposta, a ser subscrita pelo senhor Presidente do Banco Central do Brasil.

À sua consideração.

Brasília, 21 de fevereiro de 2006.

Marcelo Madureira Prates
Consultor Jurídico do Banco Central

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer
Coordenador-Geral da Área de Consultoria
Monetária e Internacional

(Segue Despacho Proc. 0601324399)

Despacho
Proc. 0601324399

Aprovo o Parecer PGBC-44/2006, de autoria conjunta dos procuradores Marcelo Madureira Prates e Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, cuja argumentação bem demonstra que o ato impugnado se reveste do necessário respaldo constitucional.

2. Remeta-se o processo ao gabinete do senhor Presidente do Banco Central, com a anexa minuta de aviso, cujos termos adoto, para efeito de resposta a ser encaminhada ao eminente Ministro Marco Aurélio, relator da ação direta no Supremo Tribunal Federal.

Brasília, 21 de fevereiro de 2006.

Francisco José de Siqueira
Procurador-Geral do Banco Central

Parecer-2005/00474/PGBCB/PR3SP

Análise da incidência do sigilo bancário, previsto na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, nas hipóteses de solicitações emanadas de órgãos constitucionalmente investidos de poderes de fiscalização e controle, nos limites de suas competências específicas, quando as operações ativas e passivas realizadas por instituições financeiras envolvam a utilização de recursos públicos, em qualquer das esferas de poder estatal.

Tânia Nigri

Procuradora do Banco Central

João Correia de Magalhães

Consultor Jurídico do Banco Central

Francisco José de Siqueira

Procurador-Geral do Banco Central

Parecer-2005/00474/PGBCB/PR3SP

Proc. 0401277837

INSTITUTO DO SIGILO BANCÁRIO – OPERAÇÕES BANCÁRIAS ENVOLVENDO RECURSOS PÚBLICOS – ANÁLISE DE PRECEDENTES DA PROCURADORIA-GERAL – ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PUBLICIDADE – COLISÃO APARENTE COM OS PRINCÍPIOS DA NÃO-VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE – DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRESTAÇÃO DE CONTAS SOBRE SUAS CONDUCTAS – MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO ESTADO – HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 2001.

Senhor Procurador-Geral:

Assunto

Trata-se do Requerimento de Informações nº 2.309, de 2004, pelo qual o Deputado Luiz Carlos Hauly requer ao Presidente da Câmara, ouvida a Mesa, “sejam solicitadas informações ao Ministro da Fazenda, sobre o quantitativo, discriminado por entidade e recursos, dos valores originários de fundos de pensão e órgãos públicos, federais, estaduais e municipais aplicados no Banco Santos, sob intervenção.”

2. Vieram os autos a esta Procuradoria-Geral por sugestão do Deliq/Gabin (fl. 3), para se examinar, preliminarmente, se a solicitação, ainda não aprovada pela Mesa da Câmara dos Deputados, poderia ser atendida pelo Banco Central, em face do sigilo bancário que a questão envolve.

3. A propósito, manifestou-se esta Procuradoria-Geral, pela Cota 06950/2004 (Dejur/PRBAN), no sentido de que o atendimento do pleito se condicionava a que o Requerimento fosse submetido, pela Mesa da Câmara dos

Deputados, à deliberação do Plenário, atendendo, assim, ao disposto no §2º do art. 4º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

4. O Chefe da Assessoria para Assuntos Parlamentares do Ministério da Fazenda, pelo ofício incluso à fl. 21, requereu o reexame da matéria por esta Procuradoria-Geral, com urgência, “tendo em vista o Parecer PGFN/CAF/nº 156/2005, de 15.02.2005, elaborado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional”, cuja cópia encontra-se às fls. 22/28. Por este Parecer posicionou-se a PGFN, no que se refere ao sigilo bancário, contrariamente à posição sustentada pelo Banco Central, uma vez que, dada a natureza pública dos recursos aplicados, a requisição feita não encontraria óbice na Lei Complementar acima mencionada.

5. Em atenção, foi emitido o Parecer 00068/2005 (Dejur/PRBAN), fls. 30/33, que, referindo-se ao acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 21.729-4-DF, rende ao argumento maior ali utilizado para concordar com o fornecimento das informações solicitadas.

6. Esse novo posicionamento, chancelado pelo sr. Procurador-Geral, ensejou a remessa do expediente Deliq/Gabin-2005.0489 ao Banco Santos S.A. – sob intervenção, para que informasse os valores originários aplicados em fundos de pensão por ele administrados, frisando, porém, que as informações deveriam abranger tão-somente os recursos pertencentes a entidades públicas.

7. Em 22/3/2005, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional emitiu o Parecer GFN/CAF/nº 419/2005 (fls. 53/58), revendo a conclusão externada no seu anterior Parecer, consignando, no item 18, que “(i) em relação aos chamados fundos de pensão, há sigilo bancário a impedir o atendimento ao Requerimento de Informações Parlamentares RI 2309, sendo que (ii) quanto aos órgãos e entidades públicas o sigilo bancário argüido pelo Bacen é procedente, mas não autoriza a recusa ao fornecimento de relação com os nomes de todos os órgãos e entidades públicos que detêm ou detiveram aplicações no Banco Santos”.

8. Em razão da modificação do entendimento Fazendário acerca do tema, foi emitido o Parecer 00112/2005 (Dejur/PRBAN), fls. 68/72, discordando da conclusão constante do item 18, ii, do Parecer PGFN/CAF/Nº 419/2005 e defendendo a possibilidade de fornecimento, ao Deputado Luiz Carlos Hauly, de todas as informações, inclusive sobre montantes, origem, espécie das aplicações efetuadas no Banco Santos S.A. por órgãos e entidades da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, ao argumento de que, no caso, o sigilo ban-

cário teria sido afastado pelo princípio da publicidade, de que trata o *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

9. Com base na orientação traçada no referido Parecer 00112/2005 (Dejur/PRBAN), foi elaborado o ofício Diret-2005/425 (fl. 85), encaminhando ao Secretário-Executivo do Ministério da Fazenda as informações solicitadas, ressaltando que elas se referiam tão-somente a aplicações de entidades públicas em certificados de depósitos bancários (CDB's) e em fundos de investimentos.

10. Por despacho de 19/4/2005 (fl. 94), o sr. Procurador-Geral, embora tenha ressaltado o posicionamento assumido pela Procuradoria-Geral do Banco Central a respeito do tema, entendeu que o sigilo bancário, na parte relativa a operações com recursos públicos, careceria de melhor avaliação em face do art. 37 da Carta Política. Com efeito, pois, vieram-me os autos para exame e elaboração de parecer conclusivo sobre o tema.

11. Sendo assim, após análise acurada das anteriores manifestações desta Procuradoria-Geral e seu cotejo com a doutrina, com a jurisprudência e com o texto Constitucional vigente, passo ao exame requisitado.

Apreciação

DO SIGILO BANCÁRIO

12. O tema “sigilo bancário” é verdadeiramente instigante, não apenas sob o ponto de vista acadêmico, mas, e principalmente, sob seus aspectos práticos, uma vez que ocorre no meio jurídico, faz algum tempo, uma quase desenfreada defesa do instituto, causando verdadeira comoção a qualquer legislação tendente a flexibilizá-lo ou a interpretar as normas a ele relativas de maneira menos literal.

13. Por mais que se busque delinear o nascedouro do instituto do sigilo bancário, não se conseguirá fazê-lo com absoluta precisão, remanescendo o critério lógico ou dogmático como o único a balizar a via investigativa. Por ele, verifica-se que o sigilo teria surgido com o próprio nascimento das atividades bancárias, o que se prende à conotação mística que impregnou a origem dos bancos, nascidos que foram, dentro dos templos.

14. As operações bancárias, conforme se alega, teriam precedido à própria existência da moeda, desenvolvendo-se *in natura*. Já se fazia referência ao sigilo bancário no Código de Hamurabi, que mencionava a possibilidade de um banqueiro desvendar seus arquivos em caso de conflito com o cliente, o que demonstra, a contrário senso, que, na ausência de litígio, seria vedada a revelação.

15. Com a Renascença, Florença tornou-se o centro dos bancos, com mais de oitenta estabelecimentos e filiais espalhados pelas principais cidades da Europa. Ressalte-se que nem a proibição da usura, defendida pela Igreja, evitou o desenvolvimento dessa atividade¹.

16. Essa proibição foi posta em discussão pelos protestantes por intermédio da Carta sobre a Usura, de Ítalo Calvino, de 1545, que sugeria um novo entendimento para a questão. Júlio de Castro Caldas, doutrinador português, em seu “Sigilo Bancário: problemas actuais”, sustenta que o dever de reserva bancária teria se originado da ética protestante, não apenas no que se refere à cobrança de juros, mas, principalmente, na concepção de que a prosperidade financeira seria um sinal divino.

17. Somente a partir da Primeira Guerra Mundial, com o nascimento do nacionalismo e conseqüente controle do câmbio, é que se vislumbrou um sentido internacional para o sigilo bancário. O primeiro grande conflito nessa matéria foi o germano-suíço, que esteve na base da moderna concepção do instituto.

18. Em 1933, a Alemanha nacional-socialista editou uma lei determinando aos cidadãos alemães que declarassem os bens que tivessem no exterior, punindo com a pena de morte o não-cumprimento da norma.

19. Somente no ano de 1934 foram executados três empresários, acusados de se furtarem ao cumprimento da referida lei alemã². Tal fato levou os banqueiros suíços a oferecerem mais proteção aos seus clientes e a salvaguardarem seus depósitos, criando-se, então, as contas correntes numeradas ou sob pseudônimo.

20. Portanto, modernamente, foi a necessidade de garantir o indivíduo contra o Estado que levou à afirmação do segredo bancário.

1/ Segundo pregava São Tomás de Aquino, o juro é o preço do tempo e o tempo pertence a Deus.

2/ A lei alemã assim dispunha: “Todo cidadão que, consciente ou inconscientemente, animado por baixo egoísmo ou qualquer outro sentimento, tenha fundos no estrangeiro, será punido com a pena de morte”, valendo ressaltar que, além da morte, perderiam seus herdeiros todos os bens sonegados, em favor do Estado Alemão.

O SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

21. A história do sigilo bancário no Brasil pode ser dividida em dois períodos: o primeiro compreenderia os anos de 1850 a 1964, quando o instituto integrava o sigilo comercial; o segundo, após o ano de 1964, quando o sigilo bancário passou a ser disciplinado especificamente, o que, no entanto, não teve o condão de reduzir os acalorados debates em torno do tema.

22. A atividade bancária foi reconhecida como atividade comercial, de forma expressa, no Regulamento nº 737, de 1850, que, em seu artigo 17, dispunha, *litteris*:

Art. 17. Nenhuma autoridade, Juízo ou Tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou nele tem cometido algum vício.

23. Essa regra, combinada com o disposto nos artigos 119 e 120 do Código Comercial, que considerava os banqueiros comerciantes e submetia as operações bancárias às normas do Código Comercial, serviu de forte argumento para que os bancos, desde aquela época, se negassem a prestar informações acerca das contas correntes de seus clientes até mesmo para as autoridades judiciárias, o que motivou larga discussão acerca do caráter absoluto do sigilo bancário.

24. Em boa hora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rompeu com esse entendimento, editando as Súmulas 390 e 439, as quais autorizavam a exibição dos livros comerciais, como medida preventiva, além de sujeitar à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitando o exame aos pontos objeto da investigação.

25. Com o advento do Código Penal – Decreto-Lei 2.848, de 1940 –, por força do disposto no seu artigo 154, passou-se a considerar crime o ato de revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tenha ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão. A despeito de sua natureza, esse comando foi interpretado de forma ampla, estendendo-se às operações bancárias.

26. Com a edição da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o sigilo bancário foi finalmente positivado, passando a ter um disciplinamento próprio, com contornos, limites e hipóteses de levantamento claramente estabelecidos.

27. O artigo 38 da Lei da Reforma Bancária deferia aos Poderes Judiciário e Legislativo, às Comissões Parlamentares de Inquérito e aos agentes fiscais do Ministério da Fazenda a quebra³ do sigilo bancário sob determinadas condições, conforme se lê a seguir:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil (este artigo refere-se à Constituição Federal de 1946).

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§2º e 3º deste artigo deverão ser aprovados pelo plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no § anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames ser conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, aplicando-se,

3/ A expressão “quebrar o sigilo bancário” é alvo das mais contundentes críticas, apesar de amplamente utilizada, por sugerir a violação, transgressão da norma jurídica que assegura o sigilo. Para alguns doutrinadores, o mais correto seria utilizar-se da expressão “exceção” do direito ao sigilo, já que ela significaria o procedimento revelador de informações secretas com autorização legal.

no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

28. O Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 1966, gestado mediante legislação formalmente ordinária e recebido pela nova ordem constitucional como lei complementar, introduziu no sistema jurídico uma nova possibilidade de exceção à regra do sigilo, conforme segue, *litteris*:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que dispõem com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: (...) II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras; (...)

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

29. Antes da promulgação da Carta de 1988, surgiram controvérsias acerca da interpretação conjugada da Lei nº 4.595, de 1964 (Lei da Reforma Bancária) e da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

30. A primeira dúvida consistia em saber se estariam derogados os §§ 5º e 6º do art. 38 da Lei nº 4.595/1964; a segunda referia-se às aparentes contradições entre os artigos 195 e 197, incisos II e VII e o seu parágrafo único, todos do Código Tributário Nacional.

31. Sustentavam, muitos doutrinadores, que, à luz do citado parágrafo único do artigo 197, nenhuma lei especial reguladora do segredo profissional estaria revogada⁴, mantendo-se o sigilo inteiramente disciplinado pela Lei Bancária de 1964, cujos requisitos e condicionamentos não seriam incompatíveis com os deveres impostos pelo Código Tributário⁵.

32. Na mesma direção, aponta o Parecer Dejur-453/88, da lavra do ilustre Procurador Carlos Alberto Hagstrom, para quem eventuais pedidos de informações e documentos, formulados por agentes fiscais e por autoridades tributá-

4/ A dubiedade da legislação levou o Poder Judiciário a entender que o parágrafo único do artigo 197 teria restabelecido o sigilo bancário (*vide* RE 71.640-BA, Relator Ministro Djaci Falcão, j. 17/8/1971, publicado na RTJ 59/571).

5/ Nesse sentido: Ap. Cível nº 47.875-MG do antigo Tribunal Federal de Recursos e RE 71.640-BA do Supremo Tribunal Federal.

rias ao Banco Central, poderiam ser atendidos, desde que observado o disposto nos §§ 5º e 6º do artigo 38 da Lei nº 4.595 (processo instaurado e declaração de indispensabilidade), devendo entender-se que aqueles dispositivos não foram revogados pelo Código Tributário Nacional.

33. Com a edição da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, foram alterados alguns artigos do Código Tributário Nacional, merecendo especial destaque os artigos 198 e 199, a seguir transcritos:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública será realizado mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – Inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.

Art. 199 (...)

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.

34. Com a edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, foi expressamente revogado o artigo 38 da Lei de Reforma Bancária, passando a nova lei a regular inteiramente a matéria, inclusive ampliando as hipóteses de acesso às informa-

ções bancárias, o que acabou por ampliar ainda mais o leque das questões polêmicas envolvendo o sigilo bancário⁶.

35. A referida Lei Complementar não considera violação ao dever de sigilo a simples troca de informações entre instituições financeiras para fins cadastrais nem o fornecimento dos cadastros de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes a entidades de proteção ao crédito.⁷

36. Não é demais lembrar que a jurisprudência brasileira sempre tolerou essa troca de informações entre comerciantes e banqueiros, tendo a questão sido apreciada até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, com decisão no sentido de considerar os arquivos de consumo absolutamente compatíveis com a proteção da privacidade.

37. A situação do Brasil no terreno do sigilo bancário ainda é bastante controvertida, com decisões conflitantes, até mesmo nos Tribunais Superiores. Há até quem defenda ser ele um direito verdadeiramente absoluto, dada a sua decorrência natural do direito à privacidade. Para os defensores dessa tese, o sigilo estaria resguardado constitucionalmente pelo artigo 5º da Carta Magna, que a ele conferiria *status* de cláusula pétreia, não podendo ser afastado nem mesmo por ordem judicial, salvo quando a própria Constituição textualmente admitisse a exceção⁸.

DO FUNDAMENTO DO DEVER DE SIGILO

38. A palavra sigilo, numa primeira acepção, significa “aquilo que permanece escondido da vista ou do conhecimento”⁹. Pontes de Miranda referia-se

6/ Após a promulgação da Lei Complementar nº 105/2001 e dos normativos que a regulamentaram, foram propostas cinco ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sendo duas do Partido Social Liberal, duas da Confederação Nacional da Indústria e uma da Confederação Nacional do Comércio, em que se questionou a compatibilidade da Lei com o Estatuto Político da Nação.

7/ Cf. art. 1º, §3º e incisos I e II, da Lei Complementar nº 105/2001, respectivamente.

8/ Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o professor Ives Gandra Martins chegou a manifestar o entendimento de que nem mesmo por ordem judicial poderia ser “quebrado” o sigilo bancário espécie do gênero “sigilo de dados” (MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 2000, p. 67. Pesquisas Tributárias, Nova série – 6). Com o passar do tempo, abrandou sua interpretação passando a admitir a exceção ao dever de sigilo com autorização judicial, assinalando que “a autorização judicial que exterioriza o exame imparcial da licitude do pedido só deve ocorrer na hipótese em que o interesse público assim o esteja exigindo e de que o sigilo esteja acobertando casos de sonegação evidente, e não de mero palpíte da fiscalização. (...) Pelos incisos X, XI e XII do artigo 5º, tem o contribuinte o direito de preservação de sua intimidade, de sua privacidade, e de que terceiros que detenham informações pessoais suas sejam obrigados a guardá-las.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 1, p. 15-25, 1995).

9/ DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001, p. 2.568.

ao vocábulo para designar a liberdade de negação, a possibilidade de não emitir o pensamento ou a oposição à sua divulgação. Dessa liberdade, segundo ele, nasceria o direito ao sigilo de correspondência, o direito à inviolabilidade de domicílio¹⁰ e o direito à privacidade¹¹.

39. É inerente à natureza humana a pretensão de manter determinados aspectos de sua vida econômica à salvaguarda, tanto das autoridades fiscais como dos olhos de terceiros, geralmente ávidos por conhecer a saúde financeira alheia. Esse comportamento funda-se no princípio da exclusividade, cuja principal característica é o “desejo de estar só”, evitando-se, em certos casos, a presença dos demais.

40. As doutrinas nacional e estrangeira têm se empenhado no sentido de determinar, com precisão, o fundamento da obrigação de guardar segredo nas operações bancárias, não havendo unanimidade de posições acerca do assunto.

41. Ao longo dos anos, diversas foram as teorias formuladas para fundamentar juridicamente o sigilo bancário, apesar de muitos autores as repelirem veementemente, considerando-as construções relativas, parciais e completamente insuficientes. Dentre as diversas teorias criadas, merecem destaque a contratualista, que confere intimidade aos bancos, e a do direito da personalidade.

42. A teoria contratualista é a mais aceita entre nós, tendo vários adeptos no mundo jurídico. Ela sustenta que o fundamento do sigilo bancário seria o contrato assinado entre o cliente e a instituição bancária, que geraria, além da obrigação principal, uma importante obrigação acessória — o dever absoluto de guardar segredo acerca das informações obtidas nas operações bancárias¹².

43. Para Sérgio Covello, essa obrigação decorreria de um legítimo interesse do cliente que necessita apresentar sua situação patrimonial, sem reservas, para contratar com os bancos, esperando, dessa forma, que o banqueiro aja com absoluta discricção, tanto mais porque a reserva tem sido considerada, há muito, um dos principais deveres desse profissional¹³.

10/ Muitos estudiosos entendem haver estreita relação entre a inviolabilidade do domicílio e a intangibilidade do sigilo bancário, alegando que “inviolável a casa, inviolável o cofre, a não ser por ordem do juiz” (VIDIGAL, Geraldo Facó. Hipóteses de quebra de sigilo bancário. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 573-574, 1995).

11/ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1995. t. 7, p. 758.

12/ A jurisprudência do Reino Unido albergou a origem contratual do sigilo bancário, estando ele consagrado desde 1923, quando, no julgamento do caso *Tournier X National Provincial and Union Bank of England*, foi proferida a sentença de 17 de dezembro de 1923, na qual o juiz do Tribunal Superior de Londres considerou o banco como o responsável pela violação do sigilo, por ter revelado a terceiros dados relacionados com a conta de seu cliente, entendendo que “o convênio que une o banqueiro ao seu cliente implica uma cláusula implícita que o obriga a manter reserva acerca da conta de seu cliente e de suas operações”. (DUBON CANO. Delfina. *El secreto bancario en Mexico*. Mexico: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1956, p. 39).

13/ COVELLO, Sérgio. *Op. cit.*, p.116.

44. Questão difícil ocorre quando o contrato bancário não contém, expressamente, em seu texto, o dever de sigilo. A teoria contratualista supera tal omissão, considerando a existência de uma cláusula implícita ou tácita em todos os contratos bancários, exurgindo da sua própria natureza o dever de reserva, opinião essa compartilhada também por Daniel Guggeheim¹⁴, que considera dispensável a inclusão de cláusula expressa de sigilo, já que ela resultaria da própria natureza do contrato celebrado entre o banco e o cliente.

45. Modernamente, alguns autores italianos criaram e passaram a sustentar a teoria de que por meio do segredo bancário se buscaria resguardar o direito à intimidade dos bancos.

46. Contrariando as propostas tradicionais que vêem o sigilo bancário como instrumento de defesa do indivíduo, esta teoria sustenta o interesse das próprias instituições financeiras em manter silêncio sobre as operações por elas realizadas, assim como os fatos relacionados com as transações bancárias.

47. Francesco Capriglione, em obra intitulada *Impresa bancaria tra controllo e autonomia*, demonstra que esta teoria encontra apoio no artigo 10 da lei bancária italiana, que impõe à *Banca d'Italia* e a seus funcionários o segredo sobre notícias, informações e dados relativos à empresa de crédito, numa evidente proteção da esfera da reserva do estabelecimento bancário, equiparável à proteção do segredo científico e industrial, também prevista por aquele direito alienígena.

48. O sigilo bancário funcionaria como instrumento de captação de clientela. Em nome da arregimentação de correntistas, com o conseqüente incremento da lucratividade do banqueiro, o banco garantiria o segredo. Já sob a ótica do cliente, o sigilo representaria um reforço na confiança da instituição creditícia.

49. Vale ressaltar, entretanto, que o sistema adotado no Brasil não albergou esta teoria, já que obriga ao sigilo apenas as instituições financeiras, não os seus clientes, que, a qualquer momento, podem declinar o nome do banco com que operam, assim como os valores ali investidos.

50. A Teoria do Direito de Personalidade, bastante relacionada com a tutela de direitos humanos, procura ver no segredo das operações bancárias uma projeção da pessoa humana que, salvo em casos excepcionais devidamente justificados, não poderia ser exposta a indagações de terceiros¹⁵.

14/ GUGGEHEIM, Daniel. *Les contrats de la pratique bancaire Suisse*. Genebra, Georg Librarie de l'Université, 1981, *apud* COVELLO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 117.

15/ REALE, Miguel. Os direitos da pessoa e o sigilo bancário. *In: Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58.

51. Muitos juristas entendem que a intimidade e a vida privada seriam verdadeiros reflexos da personalidade jurídica¹⁶, uma espécie de premissa geral desta, integrando a categoria dos direitos da personalidade em suas diversas manifestações, como o direito à imagem, ao nome, à inviolabilidade do domicílio, o direito sobre o próprio corpo, à honra, à vida e à liberdade.

52. Na Itália, onde os estudos sobre a *riservatezza* têm dado ensejo à farta construção doutrinária, não faltam autores, como Giorgiani e Marsillo, que incluem o sigilo bancário entre os direitos da personalidade¹⁷.

DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA

53. As primeiras linhas escritas em nosso ordenamento acerca do sigilo das informações pessoais constam da Carta de 1824¹⁸. Apesar de não aludir expressamente ao sigilo, aquela Constituição, ao resguardar os segredos contidos nas correspondências da curiosidade alheia, protegia a liberdade e a segurança individual.

54. Nas Constituições que se seguiram, sempre se resguardou expressamente o sigilo da correspondência, assegurando-se a sua inviolabilidade. Apenas na Constituição atual se fez expressa menção à proteção, tanto da intimidade quanto da vida privada (art. 5º, X), além de ter sido mantida a da correspondência, já consagrada anteriormente, mas não há, em todo o texto, qualquer menção expressa ao sigilo bancário.

16/ Nesse sentido, Arnaldo Wald, para quem “o direito à personalidade abrange a indevassabilidade dos dados econômicos referentes ao indivíduo, aos quais se refere expressamente o art. 5º, XII, da Constituição, embora, tradicionalmente, se tivesse dado maior ênfase, na categoria dos direitos da personalidade, a outros elementos (como o nome, a honra e a utilização da própria imagem) e a intimidade tenha sido considerada tradicionalmente como o direito de estar só”. (WALD, Arnaldo. **O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro nacional e na Lei Complementar 70**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo, ano 1, p. 196-209, out./dez., 1992.

17/ Opondo-se a essa tese, Maria José Oliveira Lima Roque entende que os direitos de personalidade nascem com a pessoa, já que todos vêm ao mundo com direito à vida, à saúde, a um nome, a professar uma fé, à integridade física, a honra, a ter vida íntima etc., mas, por óbvio, ninguém nasce com direito ao sigilo bancário. Pode ser que venha ao mundo em local onde sequer bancos, ou, como ocorre com a maioria dos brasileiros, que nunca chegue a ser cliente de um banco (segundo o IBGE, a renda média do brasileiro é de quatro salários mínimos). Ora, se o Estado não pode garantir nem ao menos o direito de ser cliente de um banco, como pretender que o sigilo seja um direito da personalidade? (ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário & direito à intimidade**. Curitiba: Juruá Ed., 2002.

18/ Dispunha o seu artigo 179, *verbis*: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...)

XXVII – O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo (...).”

55. A alusão, na Carta de 1988, à **intimidade** e à **vida privada** indica que os dois institutos ostentam significados próprios, merecendo, por isso, serem distinguidos um do outro, sob pena de se olvidar a máxima de que a lei não contém palavras ou expressões inúteis.

56. René Ariel Dotti conceitua a intimidade como “a esfera secreta da vida dos indivíduos na qual este tem o poder legal de evitar os demais”¹⁹. Esse entendimento também é compartilhado por Adriano De Cupis, para quem a intimidade seria o modo de ser da pessoa, “excluindo-se do conhecimento de outrem tudo aquilo que se refira à pessoa mesma”.²⁰

57. Tércio Sampaio Ferraz compreende a intimidade como o espaço que a pessoa reserva para si, sem repercussão social, não alcançando, nem mesmo, a sua vida privada; esta, por mais isolada que possa ser, será sempre, inevitavelmente, um viver entre outras pessoas. A intimidade pode ser exemplificada como o diário íntimo, o segredo sob juramento, aquelas situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo cuja publicidade, por menor que seja, constrange. A vida privada, em contrapartida, envolveria a proteção de formas exclusivas de convivência, em que as pessoas envolvidas comunicam-se, excluindo, em princípio, os terceiros.

58. É importante frisar que, em algumas situações, a vida privada pode requerer a comunicação a terceiros, como ocorre com a escolha do regime de bens do casamento ou quando se registra uma escritura pública de compra e venda, ocasião em que, para a validade do ato, é indispensável a publicidade, rompendo-se, assim, a privacidade das pessoas envolvidas. Aí ela difere da intimidade, pois esta não experimenta essa forma de repercussão²¹.

59. A corriqueira confusão entre os dois institutos (privacidade e intimidade) deve-se não só à similaridade entre ambos, mas também ao Direito Francês, grande influenciador do civilismo ocidental que, ao se referir, no Código Civil, a tais institutos, toma-os como se ambos fossem, de fato, a mesma coisa.

60. O sigilo bancário, após a Constituição de 1988, passou a ser objeto de automático sigilismo com as previsões constitucionais da intimidade e da vida

19/ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida particular e liberdade de informação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 69.

20/ DE CUPIS, Adriano. Riservatezza e segreto (diritto a). In: **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1969, p.115 *apud* SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 210.

21/ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, n. 1, p. 77-90, out./dez. 1992.

privada (a doutrina e a jurisprudência pátrias as consideram como institutos similares), sujeitando-o, portanto, a reserva de jurisdição.

61. Esse entendimento leva, naturalmente, à conclusão de que o sigilo bancário seria elevado ao patamar de verdadeira cláusula pétrea, o que dificultaria, sobremaneira, qualquer elaboração legislativa tendente a flexibilizá-lo²².

62. Não obstante a posição acima seja a predominante no Brasil, há autores que a repudiam veementemente, por entendê-la incompatível com as demais normas constitucionais, sobretudo aquelas de direito tributário.

63. Para os defensores da segunda corrente, o sigilo bancário seria, em verdade, uma decorrência natural da atividade comercial, tendo surgido muito antes da noção de personalidade, pois até mesmo ao escravo, que não era considerado “pessoa”, em suas transações bancárias (caso houvesse), lhe seria garantido o sigilo, o que levaria a crer que tal proteção se dirigiria à própria atividade comercial e não à intimidade do cliente.

64. Acrescente-se que o sigilo bancário, para muitos, não poderia constituir-se um direito inerente à personalidade, pois os dados financeiros exprimem valores patrimoniais do banco ou do cliente, nada mais²³.

DO SIGILO DE DADOS

65. O artigo 5º, inciso XII, da Carta de 1988 dispõe sobre a inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução

22/ O Excelentíssimo Ministro Moreira Alves, em voto proferido no pedido de medida liminar na ADIn nº 939-7/DF, requereida contra alguns artigos da Emenda Constitucional nº 3/1993 e da Lei Complementar nº 77/1993, que, respectivamente, discriminara e instituiria o IPMF, referindo-se às cláusulas pétreas, assinalou que a Constituição não pretende que as instituições arroladas, no seu inciso IV do §4º do artigo 60, sejam insusceptíveis de alterações, pois, quando há exigência de tendência a abolir, significa que pode, ainda, haver alterações toleráveis até imediatamente antes do ponto em que se caracteriza a tendência à abolição. Relator: Min. Sydney Sanches, Julgamento: 15/12/1993, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, publicação: DJ de 18/3/1994 p. 05165 ementário vol-01737-02, p. 60.

23/ Em julgamento proferido pela Turma Especial do TRF da 4ª Região, decidiu-se sobre o sigilo bancário que “Inexiste ofensa ao art. 5º, inciso X, da CF/1988 porquanto o patrimônio não se confunde com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas” (AGA 1912, Relator Juiz Tadaaqui Hiroshi, Julgamento em 11/7/2001, DJU 18/7/2001). Admite-se o risco de uma ingerência indireta da “quebra” do sigilo bancário no âmbito da vida privada, em situações excepcionalíssimas, podendo ser citada a transferência de numerário de uma pessoa a um filho havido fora do matrimônio, o que acabaria sendo do conhecimento da Receita que, entretanto, tem o dever legal de guardar sigilo acerca da informação.

processual penal”. A inviolabilidade dos dados consagrada no referido artigo, segundo muitos doutrinadores, hospedaría o instituto do sigilo bancário.

66. Autores outros sustentam que o sigilo bancário seria uma espécie do gênero “sigilo de dados”²⁴, não lhes parecendo lícita a edição de qualquer legislação tendente a admitir o seu *disclosure*, já que o artigo 5º da Lei Maior teria deixado à seara infraconstitucional apenas a regulamentação da interceptação das ligações telefônicas, proibindo, de forma absoluta, a quebra do sigilo de correspondências, das comunicações telegráficas e dos dados²⁵.

67. Esse entendimento, apesar de simplista e corriqueiro, levaria à absurda conclusão de que as correspondências e os dados teriam sido objeto de proteção mais reforçada do que a própria vida humana, uma vez que, enquanto aquela seria absolutamente inviolável, o direito à vida poderia ser relativizado em situações excepcionais, como no caso de guerra, em que a Constituição prevê a possibilidade da aplicação da pena capital²⁶.

68. O mencionado dispositivo constitucional tem provocado enorme polêmica na doutrina e na jurisprudência pátrias, e o ponto nodal da questão refere-se à grafia do seu texto, mais precisamente a expressão “no último caso”. Na opinião do eminente professor Tourinho Filho, a norma constitucional, ao tratar do tema, teria feito referência a apenas duas, e não a quatro hipóteses de inviolabilidade, como pode parecer à primeira vista. A aposição da vírgula entre as expressões “comunicações telegráficas” e “dados” revelaria a existência de dois casos apartados de inviolabilidade, a saber: I) correspondência e comunicações telegráficas; II) dados e comunicações telefônicas²⁷.

69. Tal posição é compartilhada também pelo Ministro Marco Aurélio, que defende a tese de que a Carta englobaria na expressão “no último caso” também o sigilo de dados. Para que outra fosse a interpretação do dispositivo, o texto deveria ser

24/ Em sentido contrário, ou seja, entendendo que o sigilo bancário não tem estatura constitucional, não se tratando da intimidade, nem de comunicação de dados, protegidas no art. 5º, X e XIV, da CF, registrem-se as posições dos Excelentíssimos Senhores Ministros Francisco Rezek e Sepúlveda Pertence que, em votos proferidos no plenário do STF, no julgamento do MS 21.729-4/DF, nesse sentido votaram. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. 1992, p. 77-90 e SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Op. cit.*, p. 55-56.

25/ Celso Ribeiro Bastos vislumbra na expressão “sigilo de dados” uma estreita vinculação com as inovações tecnológicas, mas assinala haver aí uma impropriedade lingüística, já que, ao se fazer uma interpretação literal da expressão retromencionada, todas as comunicações seriam invioláveis porque versam elas sempre sobre dados. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. t. 2, p. 73).

26/ A Constituição admite, em seu artigo 5º, inciso XLVII, a, a pena de morte em caso de guerra declarada, nos termos do disposto no artigo 84, XIX.

27/ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 234.

redigido da seguinte forma: “É inviolável o sigilo da correspondência e da comunicação telegráfica, de dados, e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial”, ou seja, apondo-se a vírgula logo após o vocábulo “dados”²⁸.

70. Caso prevalecesse a interpretação literal do dispositivo em questão, não apenas as operações bancárias, mas quaisquer informações, seriam indevassáveis²⁹, mesmo com ordem judicial³⁰. Nessa despropositada linha de raciocínio, todo e qualquer dado, em qualquer meio ou veículo, estaria imune ao conhecimento alheio³¹.

71. Apesar das divergências interpretativas, os tribunais têm acolhido a tese de que, apesar de a Constituição excepcionar expressamente apenas a interceptação telefônica, nenhuma liberdade individual seria absoluta, sendo possível, desde que observados alguns limites, a interceptação de correspondências, de comunicações telegráficas e de dados, sempre que as liberdades públicas estiverem salvaguardando a prática de atos ilícitos.

DA RESERVA DE JURISDIÇÃO

72. Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui-se não haver, ainda, uma posição clara e definida acerca da imprescindibilidade de intervenção judicial no acesso às informações bancárias.

73. Em julgado datado de maio de 2000, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “a cláusula constitucional de reserva de jurisdição que incide sobre determi-

28/ Pet 577 QO/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 25/3/1992, Tribunal Pleno, Publicado no DJ de 23/4/1993, RTJ VOL-00148-02 PP-00366.

29/ No julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4, o Ministro Francisco Rezek esclareceu, *verbis*: “Do inciso XII, por seu turno, é de ciência corrente que ele se refere ao terreno das comunicações: a correspondência comum, as mensagens telegráficas, a comunicação telefônica. Sobre o disparate que resultaria do entendimento de que, fora do domínio das comunicações, os dados em geral – e a seu reboque o cadastro bancário – são invioláveis, não há o que dizer. O funcionamento mesmo do Estado e do setor privado enfrentaria um bloqueio. A imprensa, destacadamente, perderia a sua razão de existir”. (Mandado de Segurança nº 21.729-4-DF, Relator para acórdão: Ministro Francisco Rezek, Julgamento: 5/10/1995, Tribunal Pleno, publicado no DJ do dia 19/10/2001, p. 33, Ement. Vol. 02048-01, p.67). O Ministro Nelson Jobim, no julgamento do RE 219.780/PE, acolheu o entendimento de que o inciso XII não estaria tornando invioláveis os dados, mas, tão-somente, a interceptação da comunicação desses dados. (Ministro Carlos Velloso, Julgamento ocorrido em 13/4/1999, Segunda Turma, Publicação: DJ DATA-10/9/1999 PP-00023 EMENT VOL-01962-03 PP-00473 RTJ v. 00172-01 p. 00302).

30/ Exceção aberta apenas à interceptação das comunicações telefônicas, desde que com ordem judicial.

31/ CASTRO, Aldemário Araújo de. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela Lei Complementar nº 105/2001. In: MARINS, James (coord.); CASTRO, Aldemário Araújo de *et al.* (colab). **Tributação e sigilo bancário-tributação e terceiro setor**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2003. Livro 4, p. 14.

nadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, inciso XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º inciso XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, inciso LXI), traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário o direito de proferir a última palavra, excluindo-se, desse modo, a possibilidade de exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.”³²

74. A reserva constitucional de jurisdição consiste na necessidade de submeter determinadas medidas à prévia apreciação do Poder Judiciário. As informações financeiras e os dados bancários dos cidadãos, para muitos estudiosos, seriam temas inseridos nessa reserva.

75. A ordem jurídica pátria estabelece que o Poder Judiciário será competente para apreciar ameaças e lesões a direitos. Assim, em regra, o juiz será chamado para apreciar atos já praticados (mesmo no caso de ameaça, atos indicadores de uma provável lesão de direitos), não se incluindo na sua atividade corriqueira a autorização prévia para a prática desses atos.

SIGILO BANCÁRIO E RECURSOS PÚBLICOS – A DECISÃO DO STF

76. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4-DF³³, impetrado pelo Banco do Brasil em face do Procurador-Geral da República, teve oportunidade de se posicionar sobre importante questão referente ao sigilo bancário em operações envolvendo recursos públicos.

32/ Mandado de Segurança nº 23.452, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 12/5/2000, p. 12, j. em 16/9/1999.

33/ Ementa do julgamento: - *Mandado de Segurança. Sigilo Bancário. Instituição Financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de Segurança indeferido.*

77. A instituição bancária buscou o Judiciário alegando sentir-se constrangida pela pretensão ministerial a franquear-lhe o acesso à lista dos beneficiários de empréstimo concedido pelo Banco ao setor sucroalcooleiro, assim como à relação dos mutuários que se encontravam em débito com a instituição.

78. A tese defendida pelo Ministério Público calcava-se no fato de que a requisição estaria relacionada com financiamentos concedidos a pessoas jurídicas, não se podendo alegar, nesse caso, a inviolabilidade da vida privada, esta sim protegida pela Lei Maior. Acrescentava, ainda, que a negativa de cumprimento da ordem ministerial teria violado o artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal e o artigo 8º, incisos II e IV e §2º, da Lei Complementar nº 75/1993, insistindo, portanto, na possibilidade de requerer as informações diretamente, sem a intervenção judicial.

79. Em seus votos, os Ministros Marco Aurélio Mello e Ilmar Galvão consideraram inconstitucional o artigo 8º, §2º, da Lei Complementar nº 75/1993, entendendo que a referida Lei Orgânica não poderia prescindir de ordem judicial para acesso aos dados bancários, já que tal exceção somente poderia decorrer da própria Constituição, como acontece com as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, §3º). O Ministro Maurício Corrêa destacou que o artigo 8º, §2º, da Lei Complementar nº 75/1993 deveria ter sua aplicação afastada, merecendo uma interpretação conforme a Constituição, uma vez que a quebra do sigilo bancário ou fiscal necessita da absoluta independência daquele que decide, além de ser indispensável compreender, também, que, em se tratando de situação excepcional, devem ser restritas as possibilidades de sua ocorrência.

80. Segundo o Ministro por último citado, o acesso aos dados protegidos seria uma das tarefas típicas do Poder Judiciário ou de órgãos que exerçam jurisdição extraordinária, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito, o que não ocorre com o Ministério Público. Não exige o artigo 129, VI, da Constituição Federal que seus membros tenham os requisitos inerentes ao *munus* da magistratura, dando a eles, inclusive, a possibilidade do exercício da advocacia (art. 29 do ADCT), do desempenho excepcional, de atividade político-partidária (art. 128, II, *e*)³⁴ e outras liberdades, não compatíveis com o exercício de jurisdição extraordinária. A interpretação do artigo 129, VI, da Constituição Federal, no sentido de que o Ministério Público poderia requisitar diretamente as informações protegidas, seria, na opinião do Ministro Ilmar Galvão, inadequada-

mente ampliativa. Não se deveria, entretanto, segundo ele, declarar-se a inconstitucionalidade do artigo da Lei Orgânica Ministerial, mas dar-lhe interpretação conforme a Constituição, ficando ressalvado que a expressão “sob qualquer pretexto” nele contida, não alcançaria nem o sigilo bancário, nem, tampouco, o fiscal, que só podem ser violados no interesse da justiça e por ordem judicial.

81. Mencionado voto foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello, para quem a intervenção jurisdicional constituir-se-ia em fator de preservação do regime das franquias individuais e impediria, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, o rompimento injusto da esfera de privacidade das pessoas. O Ministro votou no sentido de ser concedida a segurança, sem, entretanto, ser declarada a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica do Ministério Público da União, ou seja, dando-lhe interpretação conforme a Constituição.

82. Nesse mesmo sentido, votou o Ministro Carlos Velloso, assinalando que, por mais nobres que sejam as atribuições do Ministério Público, o órgão ostentaria a posição de parte, a quem não competiria a obrigação de ser imparcial. Prosseguiu seu voto, informando que o Ministério Público é advogado da sociedade, é órgão de acusação na ação penal; logo, para a quebra de sigilo bancário por ele pretendida, deveria haver a participação do Poder Judiciário.

83. Em posição diametralmente oposta, o Ministro Francisco Rezek, acompanhado pelo Ministro Moreira Alves, assinalou que não vislumbra no sigilo bancário uma estatura constitucional, já que na Lei Maior há a determinação de que o tema seja tratado pela legislação complementar. Em razão dessas ponderações, afirmou que o inciso X do rol de direitos refere-se a algo que, a seu ver, somente extraordinariamente se poderia agasalar a contabilidade das pessoas naturais, que dirá a das empresas. O inciso XII do artigo 5º, segundo entende, não protegeria os dados do conhecimento de terceiros, mas apenas a comunicação desses dados. Diante disso, não haveria razão para que a movimentação financeira das empresas e a das pessoas naturais fossem excluídas da autoridade legítima. A Lei Complementar nº 75/1993, no que tange a essa questão, teria

34/ Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, passou a ser vedado ao Ministério Público Federal o desempenho de atividade político-partidária.

dado a seqüência necessária ao artigo 129 da Constituição, sem malferir o artigo 5º da Carta Política³⁵.

84. As restrições ao Ministério Público, no tocante à requisição direta dos dados sigilosos, somente poderiam ocorrer se a própria Constituição entronizasse o instituto do sigilo, o que, na opinião do Ministro, não teria ocorrido no sistema brasileiro.

85. O Ministro Octávio Gallotti registrou em seu voto que o Banco do Brasil como agente delegado do Poder Público, ao intermediar empréstimo do Governo Federal a empresas privadas, sujeitar-se-ia ao princípio da moralidade ou, ao menos, ao da publicidade, conforme norma expressa do artigo 37 da Constituição. Com isso, a questão da quebra do sigilo bancário perderia o valor, razão pela qual se indeferiria o *writ* postulado pelo Banco do Brasil, admitindo-se a requisição direta pelo *Parquet* federal das informações buscadas. Tal posição foi acompanhada integralmente pelo Ministro Néri da Silveira, para quem, tratando-se de operação em que haja dinheiro público, a publicidade deve ser a tônica.

86. O Ministro Sydney Sanches e, em parte, o Ministro Sepúlveda Pertence adotaram uma posição intermediária entre todos os argumentos acima mencionados, votando no sentido de que o artigo 5º, inciso XII, não protegeria dados, mas somente a comunicação de dados. Por essa razão, admitir-se-ia, ao menos em tese, a autorização legal para que as autoridades administrativas, com função investigatória, e principalmente o Ministério Público obtivessem os dados bancários sem a intervenção judicial. Acrescentam ainda que, no caso em exame, em face do princípio da publicidade que norteia o ato administrativo envolvido, ficaria deferida a requisição ministerial direta.

87. Diante das candentes discussões e em vista dos novos argumentos expendidos pelos Ministros, o Ministro Marco Aurélio decidiu ratificar sua posição, registrando sua discordância com as alegações dos Ministros Octávio Gallotti e Néri

35/ O Senhor Ministro Francisco Rezek, em seu voto, no Mandado de Segurança nº 21.729-4, sustentou, *verbis*: "Antes de qualquer outra coisa, a questão jurídica trazida à Corte neste mandado de segurança não tem estatura constitucional. Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar. É neste terreno, pois, e não naquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário – do qual já se repetiu *ad nauseam*, neste país e noutros, que não tem caráter absoluto. Cuida-se de instituto que protege certo domínio – de resto nada transcendental, mas bastante prosaico – da vida das pessoas e das empresas, contra a curiosidade gratuita, acaso malévola, de outros particulares, e sempre até o exato ponto onde alguma forma de interesse público reclame sua justificada prevalência".

da Silveira, ao argumento de que a Constituição Federal não distingue a origem das informações, mesmo tendo presente a natureza dos recursos envolvidos³⁶.

ANÁLISE DAS MANIFESTAÇÕES DESTA AUTARQUIA

88. Após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Mandado de Segurança nº 21.729-4-DF, o Banco Central do Brasil vinha se inclinando no sentido de atender aos pedidos de informações que envolvessem transações com recursos públicos, posição esta esposada em diversos pareceres e cotas.

89. Entretanto, na Cota 07608/2000 (Dejur/Gabin), da lavra do então Procurador-Geral do Banco Central do Brasil, Dr. José Coelho Ferreira, entendeu-se que a não-publicação do acórdão impedia o estabelecimento do exato alcance do julgado, que, por isso, deveria se aplicar apenas às partes no processo, ou seja, ao Ministério Público da União e ao Banco do Brasil S.A.

90. No Parecer 227/2001 (Dejur/Gabin), o Dr. Carlos Alberto de São Tiago Hagstrom, subscritor da peça, sugeriu que não se deveria dar atendimento a quaisquer pedidos que se fundamentassem em recursos públicos, desde que não configuradas as exceções ao dever de sigilo dispostas na Lei Complementar nº 105/2001, até que se publicasse o acórdão referente ao Mandado de Segurança nº 21.729-4.

91. Em 24/4/2001, foi atribuído ao referido Parecer caráter normativo no âmbito da Procuradoria-Geral, com cópia daquela manifestação enviada às Procuradorias Regionais, ao Sr. Presidente do Banco Central do Brasil, à Difis, Desin, Desup, Aspar, Decad e à Dileg, para que procedessem as anotações cabíveis nos pareceres e cotas anteriores.

92. A Cota 1.997/2001 (Dejur/PRCPA), lavrada em 18/4/2001, examinou a solicitação de informações sobre a existência de processo referente aos empréstimos contraídos pela Prefeitura Municipal de Caçador/SC, junto ao BMC S.A., e sobre a legalidade do *modus operandi* desse município sobre os fatos arrolados, concluindo pela impossibilidade de atendimento do pleito, mesmo em se tratando de recursos públicos, considerando os termos do Parecer 227/2001 citado.

36/ Mandado de Segurança nº 21.729-4-DF, Relator para o acórdão: Min. Francisco Rezek, Julgamento: 5/10/1995 – Tribunal Pleno, publicação: DJ 19/10/2001, p. 33, Ement. vol. 02048-01, p. 67, RTJ VOL-00179 PP-00225.

93. Após a publicação do acórdão do julgamento do MS nº 21.729-4, que se deu em 19 de outubro de 2001, foi elaborado o Parecer 301/2002 (Dejur/Gabin), da lavra do Dr. Nelson Alves de Aguiar Junior, que propôs a revogação expressa do Parecer 227/91 antes citado, o que foi aprovado, determinando-se a alteração da orientação da Procuradoria-Geral sobre o assunto, **de modo a se considerarem não protegidas pelo sigilo bancário as informações referentes a recursos públicos objeto de repasse a instituições financeiras, públicas ou privadas, meras executoras de programas governamentais na condição de agentes financeiros.**

94. A Cota 6.471/2003 (Dejur/Gabin), de 12/9/2003, ao analisar requisição do Ministério Público sobre a remessa de documentos e dados que auxiliariam no deslinde das investigações acerca de emissões fraudulentas de títulos por Estados e Municípios, opinou pelo atendimento do solicitado, em face da informação de substancial prejuízo aos cofres públicos, evidenciando o interesse na apuração rigorosa dos fatos.

95. Em 15/10/2003, a Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba solicitou o envio de cópia do relatório elaborado por este Banco Central a respeito de depósitos efetuados pela Prefeitura Municipal de João Pessoa e pela Assembléia Legislativa do Mato Grosso, nas empresas de *Factoring* de João Arcanjo Ribeiro. O pedido, conforme consta da Cota 7.480/2003 (Dejur/PRBAN), não foi atendido, ao argumento de não se tratar de operações de repasses de recursos públicos para a execução de programas governamentais.

96. Na Cota 962/2004 (Dejur/PRBAN), de 18/2/2004, foi analisada requisição de informações pelo Ministério Público Federal sobre a inspeção no Banco do Nordeste, a fim de apurar possíveis irregularidades no processo de transferência do controle acionário da empresa Frutos do Vale S.A. para os produtores rurais instalados no sub-médio São Francisco, mediante financiamento, que teria causado um prejuízo aos cofres públicos da ordem de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). O pedido foi atendido por se tratar da utilização de recursos públicos.

97. Em 3/12/2004, por meio da Cota 6.661/2004 (Dejur/PRBAN), foi examinado requerimento do Senador Álvaro Dias, que solicitava informações sobre os valores aplicados pelas empresas Copel, Sanepar e Itaipu Binacional e suas respectivas fundações no Banco Santos, concluindo a manifestação, pela impossi-

bilidade de fornecimento das informações, acobertadas que estariam pelo sigilo de que trata a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

98. Ressaltou-se, a propósito, que não se poderia falar em enquadramento do caso à hipótese analisada no Parecer 2.002/00301 (Dejur/GABIN), em razão de a exceção à proteção legal do sigilo bancário, advinda do controle da sociedade sobre recursos do erário, que impõe o princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), pressupor, necessariamente, que os recursos sejam próprios de entes públicos e que tenham sido repassados às instituições financeiras, públicas ou privadas, para atingimento de objetivos de programas governamentais de assistência financeira, definidos em lei, na condição de agentes financeiros.

99. Em 4/12/2003, foi lavrado o Parecer 454/2003 (Dejur/PRCON), sufragando o entendimento de que a motivação e a fundamentação jurídica aplicadas no *decisum* do Supremo Tribunal Federal se aplicariam naquela situação específica, em que o Tribunal de Contas da União solicitava informações e documentos relacionados com reservas internacionais do Brasil.

100. A conclusão adotada foi no sentido de que, uma vez envolvidos recursos públicos na investigação levada a cabo pelo Tribunal de Contas da União, o sigilo bancário cederia espaço ao interesse público e, bem assim, ao princípio da publicidade estabelecido no art. 37 da Constituição Federal.

101. De se notar, assim, que foi dada à questão um elastério maior do que o sugerido no Parecer 301/2002 (Dejur/GABIN), em que a exceção ao sigilo, sem ordem judicial, se restringia aos recursos públicos, objeto de repasse a instituições financeiras no mercado interno, **na condição de agentes financeiros**, enquanto no Parecer 454/2003 citado admitiu-se mais, ou seja, que se perscrutasse o destino dos recursos públicos convertidos em moeda estrangeira e aplicados no exterior.

102. Em 7/12/2004, foi elaborada a Cota 6.750//2004 (Dejur/PRBAN), analisando Requerimento de Informações do Deputado João Caldas, a ser encaminhado ao Senhor Ministro de Estado da Fazenda, com vistas à prestação de informações acerca de investimentos de empresas públicas federais e fundos de pensões bloqueados no Banco Santos, em razão da intervenção decretada pelo Banco Central do Brasil.

103. Foi sugerido o não-atendimento das informações solicitadas, em virtude da existência do sigilo bancário, que somente poderia ser contornado se a Mesa da

Câmara dos Deputados submetesse o pedido à deliberação do Plenário, atendendo, assim, ao disposto no §2º do art. 4º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

104. A Cota 6.952/2004 (Dejur/PRBAN), de 13/12/2004, ao analisar pleito semelhante do Deputado Wagner Lago, que solicitava o encaminhamento de informações atinentes às operações do Banco Santos com entidades públicas sediadas no Estado do Maranhão, sustentou a mesma posição manifestada na Cota 6.750/2004 antes referida.

105. Da análise da vasta gama de manifestações acerca da incidência do sigilo bancário em situações que envolvam dinheiro público, podemos observar, sem dificuldade, que esta Autarquia ora se inclina por uma posição mais liberal, prestando as informações solicitadas, ora adota uma postura mais conservadora, negando o fornecimento dos dados bancários requeridos.

O DEVER DE TRANSPARÊNCIA

106. A reaproximação entre a ética e o direito, no plano do imperativo categórico, faz com que os princípios jurídicos correspondam sempre a princípios morais, que, sendo pré-constitucionais, legitimam o próprio ordenamento.

107. O norte a ser seguido pela sociedade deve ser sempre o da transparência, de forma que a opacidade dos segredos e da conduta abusiva, fundada na prevalência da forma sobre o conteúdo, desapareça.

108. O Estado, por seu turno, deve revestir a sua atividade financeira da maior clareza e abertura, tanto na legislação instituidora de impostos, taxas, contribuições e empréstimos, como na feitura do orçamento e no controle da sua execução³⁷.

109. A atividade fiscalizadora governamental brasileira vem se estruturando por meio do controle interno e externo, adotando-se várias iniciativas para um maior controle das contas públicas por parte dos cidadãos, de forma individual ou organizada. A Constituição Federal contém dispositivos incentivadores do acompanhamento da gestão dos recursos públicos, assim como alguns artigos constantes da Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000, também denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, que visam preservar a transparência e a responsabi-

37/ TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da transparência no Direito Financeiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, 2001, p.133-156.

lidade na administração e gerência do dinheiro da coletividade, tudo ao encontro do princípio da moralidade administrativa.

110. O próprio Ministro Marco Aurélio, ao analisar esse princípio, dispôs que “o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade, como a mulher de César³⁸”. Em verdade, o dever de “mostrar honestidade” nada mais seria do que o princípio da publicidade, pelo qual todos os atos públicos devem ser de conhecimento geral, para que a sociedade possa fiscalizá-los³⁹.

111. O princípio da publicidade é próprio do Estado Democrático. Reza o art. 1º, parágrafo único, da vigente Constituição Federal que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes. Pertencendo o poder ao povo, este não poderá ficar privado de informações concernentes ao agir da Administração Pública. Logo, aquele que atua e decide na qualidade de representante do povo tem o dever acentuado de dar satisfação dos seus atos⁴⁰.

112. Apesar de encontrar fundamento expresso no *caput* do art. 37 da Carta Magna, há diversos dispositivos incluídos no art. 5º que o reforçam. É ver, por exemplo, o inciso XXXIII, que assegura ao cidadão o direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse próprio ou de interesse coletivo: o inciso LXXII, que introduziu o *habeas data* em nosso ordenamento, permitindo o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante ou de caráter público, constantes nos registros ou bancos de dados de entidades governamentais, possibilitando, ainda, a retificação de dados; o inciso XXXIV, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder e à obtenção de certidões das repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesses pessoais.

38/ Recurso Extraordinário nº 160.381-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, publicado no RTJ 153/1030.

39/ Dessa forma, a conjugação dos princípios da moralidade e da publicidade impediria que o agente público se valesse do escudo da inviolabilidade da intimidade e da vida privada para a prática de atividades ilícitas. Na opinião de Alexandre de Moraes, seria lícita a utilização de gravações clandestinas, realizadas sem o conhecimento do agente público, para comprovar a sua participação na prática de atos ilícitos, não lhe sendo possível alegar as inviolabilidades à intimidade ou vida privada no trato da res pública; pois, na Administração Pública, não vigora o sigilo na condução dos negócios políticos do Estado, mas, sim, o princípio da publicidade. (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2001, p. 125).

40/ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 84.

113. Até mesmo na seara do Direito Penal há a regra da publicidade, merecendo ser repetida a lição de Cesar Beccaria, que, na sua clássica obra “Dos delitos e das penas”, já dizia: “Sejam públicos os julgamentos”.

114. A moralidade administrativa, alçada à categoria de princípio constitucional na Carta de 1988, encontra-se insculpida no art. 37, *caput*, dispondo o artigo 5º, inciso LXXIII, sobre a possibilidade de anulação dos atos que firmam esse princípio basilar.

115. A moralidade deve informar toda a atividade desempenhada pela Administração Pública, sendo defeso ao administrador o agir dissociado dos conceitos comuns, ordinários, válidos atualmente e desde sempre, respeitadas as diferenças históricas, do que seja honesto, probo ou justo.

116. Hely Lopes Meirelles, sintetizando as lições do mais importante estudioso do tema, Maurice Hauriou, ensina que a moralidade administrativa constitui hoje pressuposto da validade de todos os atos da Administração Pública, não se tratando da **moral comum**, mas sim de uma **moral jurídica**, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

117. Prosseguindo, esclarece o autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto e, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá de decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

118. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá de obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, consoante já proclamavam os romanos – *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, arremata o doutrinador, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum⁴¹.

41/ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 86.

A PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM APARENTE CONFLITO

119. A aparente colisão entre os diferentes direitos fundamentais albergados constitucionalmente é seguramente um dos mais difíceis temas a ser estudado na seara do Direito. Para o desnudamento de tão difíceis questões, há de se proceder à penosa tarefa da harmonização de dois ou mais valores fundamentais em conflito.

120. A distinção entre regras e princípios faz-se absolutamente necessária para a resolução dessas tensões dialéticas que se encontram ínsitas no ordenamento jurídico, registrando-se que ambas, estando em permanente e inevitável mutação, acabam por acarretar diversos conflitos entre as espécies normativas, o que reclama a adoção de critérios eficazes para a solução dessas colisões, visando salvaguardar a unidade e a harmonia do ordenamento.

121. Nos conflitos ocorridos entre regras e princípios, a solução apresenta-se de forma bastante simples, aplicando-se ao caso a diretiva que consagra a superioridade hierárquica do segundo sobre o primeiro, dissolvendo, assim, o foco conflituoso.

122. Questão mais difícil apresenta-se quando ocorre a colisão de dois diferentes comandos jurídicos, ambos válidos, mas que conduzem a resultados incompatíveis. Robert Alexy⁴² ensina ser possível solucionar tal problema introduzindo uma cláusula de exceção, expurgando-se uma delas daquele caso concreto.

123. Os princípios constitucionais, conjunto de normas da ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins⁴³ apresentam uma tensão permanente, parecendo muitas vezes antagônicos entre si, verdadeiramente inconciliáveis.

124. Essa tensão é conseqüência da grande carga valorativa inserida na Carta, que, desde o seu nascedouro, incorpora, em uma sociedade pluralista, os interesses das diversas classes componentes do Poder Constituinte Originário. Esses interesses, em diversos momentos, não se harmonizam entre si em virtude de representarem a vontade política de classes sociais antagônicas.

125. Observe-se que a Constituição Federal, para tentar solucionar situações tais, faz, ela própria, o sopesamento dos valores albergados em seu corpo⁴⁴. O

42/ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1993.

43/ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, p. 141.

44/ Margarida Maria Lacombe Camargo aduz que a norma jurídica encontra-se sempre referenciada a valores na medida em que defende comportamentos ou serve de meios para atingirmos fins mais elevados, como é o caso das normas de organização (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 13).

artigo 5º, XII, consagra o princípio da inviolabilidade das comunicações, mas pondera que, em casos de investigação criminal ou instrução processual, ela poderá sofrer restrições, nos termos do que a lei dispuser. O artigo 139, inciso III, da mesma Carta refere-se ao amainamento dessa garantia também na vigência do estado de defesa, podendo, nessa ocasião, ser suspenso, circunstancialmente, o sigilo das correspondências e das comunicações.

126. Isso demonstra que, quando a Lei Maior acolhe interesses aparentemente distintos, não fazendo ela própria a ponderação, o princípio da proporcionalidade impõe que o hermeneuta assim proceda, compatibilizando esses valores em conflito, com a finalidade de atingir o interesse maior.

127. Segundo ensina Robert Alexy, os princípios contêm mandados de otimização, podendo ser cumpridos em distintos graus dentro do que for fática e juridicamente possível nas situações concretas, possuindo um caráter, *prima facie*, que não é completamente determinado. Logo, em situações de colisão, um deles, o de peso menor, segundo um processo de ponderação, terá de ceder diante do outro, o de peso maior, sem que isso signifique sua invalidação.

128. A solução do conflito entre regras é estabelecida no plano da validade, enquanto a colisão de princípios jurídicos é solucionada no âmbito do valor. Não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento possa ser declarado inválido, o que seria um despautério. Em verdade, ele recuará diante de outro princípio de maior peso, naquele caso concreto apenas.

129. Feita essa pequena digressão acerca dos conflitos inerentes aos ordenamentos jurídicos, passa-se à análise do objeto de nosso estudo, qual seja, a aparente contradição entre o disposto no artigo 37, *caput*, e o artigo 5º, inciso X, ambos da Constituição Federal de 1988.

130. Da leitura de referidos dispositivos, distinguem-se dois direitos protegidos pela Constituição, ambos organizados sob a forma de princípios: **a necessária observância da publicidade e da moralidade na condução das atividades da Administração Pública e a inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada dos administrados.**

131. Aqueles que entendem ser o sigilo bancário um mero desdobramento do direito à intimidade sustentam haver um confronto quase intransponível entre o dever de publicidade insculpido no artigo 37, *caput*, e a garantia da intimidade prevista no artigo 5º, X, o que, entretanto, não se verifica verdadeiramente.

132. A Constituição, ao assegurar a inviolabilidade do direito à intimidade, está, por óbvio, referindo-se ao direito das pessoas físicas, ou quiçá das pessoas jurídicas privadas, já que protege “a vida familiar, pessoal do homem, a sua vida interior, espiritual, aquela que leva quando vive por detrás de sua porta fechada”⁴⁵. Demonstrar-se-ia absurda e insustentável qualquer hermenêutica que tentasse estender tal prerrogativa à Administração Pública, seja nos seus atos, seja nas operações bancárias que realiza.

133. O eminente Ministro Celso Lafer sustenta que o direito à informação exata e honesta é um ingrediente de juízo indispensável para a preservação da esfera pública⁴⁶, o que demonstra, sem qualquer margem de dúvida, que as operações com recursos públicos não devem ser feitas de forma secreta, velada ou clandestina.

134. É fato que o resguardo da intimidade demonstra-se indispensável ao amadurecimento da identidade humana, o que não se ousa questionar, mas não há de se falar em segredo ou vida privada em situações que envolvam bens e direitos públicos, já que tais interesses devem ser de conhecimento de todos, salvo nos casos de risco à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF)⁴⁷.

135. Mesmo que se entendesse, como sustenta grande parte da doutrina, que o sigilo bancário seja uma decorrência natural do direito à intimidade e à vida privada, não haveria relação conflituosa entre os dois princípios, uma vez que, em verdade, cada um deles se direcionaria a um destinatário específico. O princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada destinar-se-ia a todas as pessoas físicas ou jurídicas, desde que operando com recursos de origem privada, enquanto o princípio da publicidade se aplicaria à Administração Pública, direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

136. Defender a tese de que as operações financeiras realizadas com verba pública se encontrariam protegidas pela intimidade de que trata o inciso X do art. 5º da Lei Maior seria o mesmo que admitir que o constituinte, ao elaborar a Carta Cidadã, tenha criado normas de proteção à privacidade e à intimidade do

45/ DOTTL, René Ariel. *Op. cit.* p. 68.

46/ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 251.

47/ A recente Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, veio regulamentar a parte final desse dispositivo, dispondo o seu artigo 2º que “o acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral será ressalvado exclusivamente nas hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos do disposto na parte final do inciso XXXIII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal”.

administrador público no desempenho do seu *munus* funcional, com o fito de erigir um mecanismo inibidor do direito à investigação.

137. Tal assertiva demonstra-se absurda e claramente equivocada, e certamente estimularia a profusão de atos de improbidade administrativa, notadamente o desvio e o mau uso do dinheiro público, que é exatamente o que a Constituição visa a evitar.

138. A Administração Pública lida com uma miríade de interesses, elegendo alguns deles para atingir suas finalidades públicas, necessitando, para a execução de seus planos, administrar os recursos coletados, gerando para os administrados o direito e o dever de fiscalização. Para o atingimento desse objetivo, há de se municiar a coletividade dos adequados meios de controle e acesso às operações realizadas, sob pena de esvaziar por completo a função fiscalizadora, convolvendo-a em instrumento meramente formal, sem nenhuma utilidade prática.

139. Para que tal atividade se dê de forma efetiva e satisfatória, há de se buscar a aplicabilidade do princípio da publicidade, cujo objetivo primordial é o alcance, em sua maior extensão, do princípio da moralidade.

140. Celso Antônio Bandeira de Mello doutrina que a violação de um princípio importaria ação mais grave do que a transgressão a uma norma jurídica, pois a desatenção ao primeiro implicaria ofensa, não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. No princípio da publicidade reside o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos, já que não se pode falar em Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), quando haja a ocultação aos administrados dos assuntos que lhes interessam⁴⁸.

141. O princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação”. Como se observa, há uma manifesta proteção à integridade moral da pessoa, sujeitando o violador ao dever de reparar a lesão causada. O princípio da publicidade, para muitos, incompatível com o da intimidade e da vida privada, busca, da mesma forma, preservar a moralidade, não a do indivíduo em si, mas a do próprio Estado,

48/ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Malheiros Editores, p.104.

sendo indispensável ao exercício da fiscalização e do controle dos atos realizados com recursos públicos.

142. Não se pretende aqui, evidentemente, legitimar o rastreamento de todas as operações levadas a cabo dentro das instituições financeiras, mas apenas as que envolvam recursos que tenham como fonte o Poder Público. Nesses casos, e somente aí, não vislumbraria ilegalidade na prestação das informações solicitadas, mesmo frente à ausência de intervenção da autoridade judiciária.

143. Observe-se, entretanto, que a fonte legislativa autorizadora do desvelamento dessas operações com verba pública não seria a Lei Complementar nº 105, de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, mas o próprio texto Constitucional, quando impõe à Administração Pública a obediência aos princípios da moralidade e da publicidade.

144. Resta claro que a observância desses deveres pelos governantes e gestores de dinheiro público se apresenta como um direito subjetivo de toda a coletividade, sobretudo se se observar que a improbidade administrativa tem sido um dos mais graves males envolvendo a máquina administrativa, o que, sem dúvida, justifica a implementação de um maior controle social.

145. Não se vislumbra, assim, no descortinamento das operações bancárias realizadas com recursos públicos, qualquer malferimento, mesmo que reflexo, ao instituto do sigilo bancário. Não se pode crer que nos financiamentos concedidos aos particulares, em cumprimento às políticas governamentais, haveria justa razão para se manterem acobertadas tais operações, fora do alcance dos órgãos de fiscalização e controle, em detrimento dos princípios da publicidade e da moralidade, a pretexto de resguardar a privacidade dos mutuários.

146. Tal raciocínio, por óbvio, induziria a se cogitar da ilegalidade de todo o conteúdo dos diários oficiais, já que os extratos dos contratos são ali publicados, declinando-se, inclusive, o nome das pessoas e das empresas que com o Estado contratam, sem que nunca se tenha alegado o direito à intimidade ou à vida privada para coibir tal prática.

147. Revela-se bastante equivocada a tentativa de se proceder à interpretação do instituto do sigilo bancário de forma reducionista, renegando o espírito do texto Constitucional, de modo a condicionar à reserva de jurisdição todo o acesso às informações bancárias, sem distinção da origem do dinheiro envolvido.

148. Mesmo que se entenda, como sustenta a vasta maioria dos doutrinadores, integrar o sigredo bancário o núcleo essencial do direito à intimidade e à vida privada, ainda assim não poderia prosperar tal conclusão, seja porque não se trata de propriedade particular, seja porque a moralidade e a publicidade previstas textualmente na Lei Maior, em matéria que envolva recursos públicos, deverão preponderar sempre sobre o sigilo bancário, que sequer encontra assento literal naquela Carta.

149. Merece lembrar que a Lei nº 8.429, de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, prevê a necessidade de apresentação anual da evolução patrimonial das pessoas mencionadas, podendo ainda ser pedida a “quebra” do sigilo bancário sempre que pare suspeita de apropriação indevida de recursos públicos, o que demonstra a necessidade de uma completa transparência no trato dos interesses da coletividade, sem que isso represente uma violação a qualquer direito fundamental.

Conclusão

150. Assim, as operações realizadas por instituições financeiras com recursos de origem pública, por constituírem atos administrativos, estarão sempre sujeitas aos princípios da publicidade e da moralidade, não se lhes aplicando, salvo nos casos de risco à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF), a proteção do sigilo bancário, como bem demonstrado na decisão do Supremo Tribunal Federal inúmeras vezes referida neste trabalho.

À superior consideração de Vossa Senhoria.

São Paulo, 25 de outubro de 2005.

Tânia Nigri

Procuradora do Banco Central

Despacho
Proc. 0401277837

Visto.

Solicito a opinião legal do consultor jurídico João Correia de Magalhães sobre o alcance do pronunciamento da procuradora Tânia Nigri, frente aos precedentes desta Procuradoria-Geral a respeito do assunto.

Depois, volte o processo ao Procurador-Geral, para despacho.

Brasília, 25 de outubro de 2005.

Francisco José de Siqueira
Procurador-Geral do Banco Central

Despacho
Proc. 0401277837

Senhor Procurador-Geral,

Interessante, como fonte de informação e de pesquisa, a abordagem histórica que o parecer traz sobre o hoje denominado sigilo bancário, iniciando por sua gênese normativa, nos idos de 1455, com a Carta sobre a Usura, de Ítalo Calvino, passando por sua evolução doutrinária e legislativa em países como Itália, França e Alemanha, e culminando com sua positivação no Direito Pátrio, primeiro, no Código Comercial, de 1850, e depois, nessa ordem, no Código Penal, de 1940, no Código Tributário, de 1966, na Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e, finalmente, na vigente Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001.

2. Espécie do direito à privacidade, o direito ao sigilo bancário sempre esteve associado a outros direitos igualmente assegurados, nos estados democrá-

ticos, ao ser humano, tais os hoje estampados no art. 5º, incisos X, XI e XII, da Carta Política Brasileira, a saber: direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, à inviolabilidade de domicílio, ao sigilo de dados, da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

3. Como assinala o parecer, tem-se, hoje, a nítida compreensão de que esses direitos não são absolutos, podendo ceder diante de interesse público relevante e maior que exija a divulgação dos dados individuais. Nesse sentido, a argumentação desenvolvida pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do MS 21.729.4-DF, de 5/10/1995, publicado no DJ de 19/10/2001: “O direito à inviolabilidade dessa franquia individual – que constitui um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso país, o regime das liberdades públicas – ostenta, no entanto, caráter meramente relativo. Não assume e nem se reveste de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, e sempre em caráter excepcional, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público.” A prevalência do interesse público apenas, no entanto, não afasta a reserva de jurisdição, isto é, a necessidade de prévia apreciação e manifestação do Poder Judiciário.

4. No tocante ao tema em exame — incidência, ou não, de sigilo bancário sobre recursos públicos —, o parecer traz à colação precedente jurisprudencial, coincidentemente, o mesmo Mandado de Segurança mencionado no item 3, retro, no qual o Supremo Tribunal Federal, na sua composição plena, após intensa discussão da matéria por seus ministros, acabou sufragando, por maioria de votos, o entendimento, em síntese, de que, referindo-se os dados requisitados a recursos públicos, ou a recursos subsidiados pelo erário federal, se a autoridade administrativa requisitante detiver, explicitamente, amplos poderes de investigação, o sigilo bancário cederá frente ao princípio da publicidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, hipótese em que os dados bancários podem ser revelados sem a intervenção judicial.

5. Têm enfoque nessa histórica decisão da nossa Corte Suprema, conforme enfatiza o parecer, todas as manifestações da Procuradoria-Geral referidas no seu corpo, itens 88 a 105 fato. Referida decisão do Supremo Tribunal Federal, embora proferida no exame de uma situação concreta, envolvendo interesses opostos do Banco do Brasil S.A. e do Ministério Público Federal, acabou por se constituir, a um só tempo, em marco inicial e em ponto final relativamente à discussão até então travada no âmbito da Administração Federal, a respeito da

efetiva qualificação dos recursos financeiros pertencentes ao erário, em face das disposições legais que disciplinam o sigilo bancário.

6. Sou de opinião, por isso, que a conclusão a que chegou a Dra. Tânia Nigri, conforme se vê das razões que se extraem de seu alentado trabalho, não destoa da decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 21.729.4-DF, que, como sói acontecer, deu solução irretocável a respeito de matéria que, até então, vinha merecendo tratamentos díspares no âmbito da Administração Federal, inclusive por parte deste Banco Central, conforme mencionado no corpo do parecer.

7. Ou seja, a questão referente ao sigilo de operações realizadas por instituições financeiras com base em recursos públicos não teria assento em referidos normativos, mas em princípio fundamental inculcado no artigo 37 de nossa Lei Maior, o da publicidade, ao qual se associam outros de igual relevância, como o da transparência e o da moralidade dos atos dos agentes públicos.

8. A meu ver, bem apreendeu a parecerista o ponto central em que se assenta a referida decisão do nosso Pretório Maior, qual seja, o de que operações com recursos públicos, cursadas por intermédio de instituições financeiras, não encontram parâmetros no então vigente art. 38 da Lei 4.595, de 1964, nem na atual Lei Complementar 105, de 2001, que, em momentos distintos, cuidaram da disciplina, em nosso meio, do sigilo bancário.

9. De se ressaltar que a orientação emanada do parecer não destoa, nem vai além, da atualmente em vigor nesta Procuradoria-Geral, traçada no Parecer 00301/2002 (Dejur/Gabin), o qual, por despacho do então Procurador-Geral, Dr. Carlos Eduardo Monteiro, revogou parcialmente a orientação anterior prevista no Parecer 00227/2001 (Dejur/Gabin).

10. Necessário frisar que a revogação apenas parcial da orientação anterior se deu em virtude da preocupação manifestada no despacho do Sr. Subprocurador-Geral da Área, Dr. Ailton César dos Santos, no sentido de se dar à referida decisão do Supremo Tribunal Federal apenas a extensão que ela objetiva, ou seja, cuidando de não se extrair do acórdão resultante alcance genérico de forma a afastar a incidência da Lei Complementar 105, de 2001, pois, ao se afastar a regra de sigilo bancário quanto a recursos públicos, estariam sendo franqueadas informações não apenas à Controladoria-Geral da União, mas também ao Tribunal

de Contas da União e ao Ministério Público Federal, presentes as competências constitucionais desses dois últimos órgãos.

11. No entanto, consoante se extrai de conclusões externadas no Parecer 00301/2002 (Dejur/Gabin) e no correspondente despacho referidos nos itens 9 e 10 anteriores, não há ali negação da orientação ora sugerida. É ver, para comprovação, as conclusões externadas no item 11 daquele Parecer e no item 5 do despacho, respectivamente:

11. Tem-se, aí, a correta tese de que a aplicação de recursos do erário está sujeita ao controle da sociedade e, portanto, ao princípio da publicidade, expressamente previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Portanto, entendo que, se o órgão de controle externo pode ter acesso às aludidas informações, idem a CGU, órgão superior de controle interno da Administração Pública Federal, quando se tratar de empreendimentos que receberem incentivos fiscais da União.

5. Nessa esteira, adoto o entendimento de que não há se falar em proteção legal do sigilo bancário quando estão envolvidos recursos próprios dos entes públicos, repassados a instituições financeiras, oficiais ou não, para atingimento de objetivos de programas de assistência financeira definidos em lei.

12. Restaria observar, por fim, que a preocupação do Sr. Subprocurador-Geral referenciada no item 10, retro, em certa medida, estaria superada, uma vez que, em relação ao Ministério Público Federal, o sigilo bancário, no tocante aos recursos públicos, foi afastado por referida decisão do Supremo Tribunal Federal e, em relação à Controladoria-Geral da União e ao Tribunal de Contas da União, respectivamente, pelos Pareceres 00301/2002 (Dejur/Gabin) e 00454/2003 (Dejur/PRCON), amparados, ambos, na mesma decisão do Supremo Tribunal Federal.

13. Proponho, pois, a Vossa Senhoria a aprovação do parecer nos termos em que vazado, passando ele a subsidiar as futuras manifestações desta Procuradoria-Geral a respeito do tema, consistente em operações realizadas por

instituições financeiras, oficiais ou privadas, com lastro em recursos financeiros pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, ou por qualquer deles subsidiados ou repassados.

À superior consideração de V.S^a.

Brasília, 3 de novembro de 2005.

João Correia de Magalhães
Consultor Jurídico do Banco Central

(Segue Despacho-2005/06140/PGBCB/GABIN)

Despacho-2005/06140/PGBCB/GABIN

Proc. 0401277837

INSTITUTO DO SIGILO BANCÁRIO – OPERAÇÕES BANCÁRIAS ENVOLVENDO RECURSOS PÚBLICOS – ANÁLISE DE PRECEDENTES DA PROCURADORIA-GERAL – ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PUBLICIDADE – COLISÃO APARENTE – COM OS PRINCÍPIOS DA NÃO-VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE – DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRESTAÇÃO DE CONTAS SOBRE SUAS CON-DUTAS – MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO ESTADO – HIPÓ-TESE DE NÃO-INCIDÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 2001.

Aprovo, nos termos do despacho da lavra do consultor jurídico João Correia de Magalhães, o anexo Parecer 2005/0474 (PGBC/PR3SP), elaborado pela procuradora Tânia Nigri, sob a inspiração dos precedentes emanados desta Procuradoria-Geral a respeito do tema, cujos pressupostos são revigorados pela momentosa pesquisa empreendida, com trânsito nos sítios da legislação, da jurisprudência e da doutrina, além da visita realizada ao campo específico da teoria, para finalmente decantar sua opinião legal sobre a questão do sigilo bancário em face da utilização de recursos de origem pública.

2. Realça bem o parecer, assim como o despacho condutor, homenageando anteriores pronunciamentos lavrados sobre o assunto, que a proteção legal do sigilo bancário não socorre as operações realizadas mediante a utilização de recursos titulados, subsidiados ou repassados pela Administração Pública, cuja atuação é regida pelos princípios da publicidade e da moralidade, ambos de índole constitucional, portanto, aptos a subjugar interesses secundários, nessa área de domínio, relativos à intimidade dos beneficiários, eis que voltados para a realidade subalterna de natureza privada.

3. Assim decantado o objeto da controvérsia sob o prisma da supremacia do interesse público, à luz dos princípios da publicidade e da moralidade, com abrigo em cláusula constitucional, tenho como imperiosa a conclusão de que as operações ativas e passivas realizadas por instituições financeiras, mediante a utilização de recursos públicos, em qualquer das esferas de poder estatal, não se encontram sujeitas à incidência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro

de 2001, podendo a elas ter acesso, sem a necessidade de intervenção judicial, os órgãos constitucionalmente investidos de poderes de fiscalização e controle, nos limites de sua competência específica.

4. Cumpre assinalar, a propósito, que não se trata de restrição formal à disciplina instituída por essa lei complementar, porém de situação real de não-incidência do regramento nela estabelecido para o sigilo bancário, em razão do disposto no artigo 37 da Constituição da República, mais precisamente com relação aos princípios da publicidade e da moralidade – pilares do dever de transparência na Administração Pública –, cuja natureza não permite a subtração dos recursos públicos aos mecanismos de fiscalização e controle instituídos pela sociedade, por intermédio de seus órgãos próprios, a exemplo do Congresso Nacional, do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público.

5. Diante, pois, de todo o exposto, como a manifestação legal não inova a posição antes firmada por esta Procuradoria-Geral a respeito do sigilo bancário relativo a operações fundadas na utilização de recursos públicos, fazendo embora vigorosa consolidação dos precedentes assentados sobre o tema, adoto o parecer de autoria da procuradora Tânia Nigri, nos termos do despacho condutor, como repositório de consulta no exame desta específica matéria no âmbito do Banco Central, sem prejuízo da visita subsidiária aos pronunciamentos nele referenciados como fonte primária.

Brasília, 7 de novembro de 2005.

Francisco José de Siqueira

Procurador-Geral do Banco Central

Parecer-2003/00514/Dejur/Gabin *

Informações referentes ao sistema de solicitação do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil – BacenJud, encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.091).

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral do Banco Central

Francisco José de Siqueira
Procurador-Geral do Banco Central

* Nota da Redação: embora o Banco Central já tenha requerido a declaração de prejudicialidade da ADIn 3.091-4/DF em razão de alterações em nível legal e infralegal do regime jurídico aplicável ao Sistema BacenJud, a publicação deste parecer justifica-se não só pelo relato histórico que traz acerca de sistema que acabou consagrado pela sua positivação (art. 655-A do Código de Processo Civil), mas, em especial, por sustentar a constitucionalidade da adoção do sistema BacenJud, na medida em que demonstra a inexistência de ofensa aos direitos de sigilo e de propriedade, temas que permanecem atuais.

Parecer-2003/00514/DEJUR/GABIN
Proc. 0301234772

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.091-4/DF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RELATOR: MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – REQUERENTE: PARTIDO DA FRENTE LIBERAL (PFL) – REQUERIDOS: BANCO CENTRAL DO BRASIL, CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO E TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – SISTEMA DE SOLICITAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO AO BANCO CENTRAL DO BRASIL (BacenJud) – PROVIMENTOS 1 E 3, DE 2003, DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 1º, *CAPUT*, II, III E IV; 5º, *CAPUT*, II, X, XXXII, XXXV, XLI, LIV E LV; 22, I; 37, *CAPUT*; 48, *CAPUT*; 59 A 69; E 241, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES – INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA – INEXISTÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS ET PERICULUM IN MORA* – DENEGAÇÃO DA CAUTELAR – INFORMAÇÕES.

Senhor Procurador-Geral,

Relato

Cuida-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.091-4/DF, proposta pelo Partido da Frente Liberal (PFL) com o intuito de ver declarado inconstitucional o Convênio de Cooperação Técnico-Institucional firmado entre o Banco Central do Brasil e o egrégio Tribunal Superior do Trabalho, para fins de acesso ao Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil (BacenJud). O Partido-autor pretende, ainda, a declaração de inconstitucionalidade dos Provimentos 1 e 3, de 2003, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

2. O colendo Tribunal Superior do Trabalho e o Banco Central do Brasil firmaram o referido convênio, que possibilitou aos magistrados da justiça laboral o acesso, pela rede mundial de computadores (Internet), ao sistema denomina-

do BacenJud. Assim, os magistrados trabalhistas podem encaminhar ofícios eletrônicos às instituições financeiras contendo solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas, envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras solicitações que vierem a ser definidas pelas partes (parágrafo único da cláusula primeira do Convênio BacenJud).

3. O Provimento 1, de 2003, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, segundo consta de sua ementa, “determina instruções para utilização do Convênio com o Banco Central do Brasil – Sistema BacenJud”. Quanto ao Provimento 3, de 2003, sua ementa declara que ele “permite às empresas estabelecidas em várias localidades do território nacional o cadastramento de conta bancária apta a sofrer bloqueios *on line* realizados pelo Sistema BacenJud”.

4. O autor da ação direta em questão argumenta que referidos atos configuram clara infringência aos seguintes dispositivos constitucionais, que enumera:

- a) art. 1º, *caput*, incisos II, III e IV (princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa);
- b) art. 5º, *caput*, incisos II, X, XII, XXXII, XXXV, XLI, LIV e LV (direitos e garantias fundamentais, princípio da legalidade, intimidade e vida privada, sigilo de dados, defesa do consumidor, inafastabilidade do Poder Judiciário de apreciação de lesão ou ameaça a direito, proteção aos direitos e liberdades fundamentais e devido processo legal, contraditório e ampla defesa);
- c) art. 22, inciso I (organização do Estado no que concerne a competência privativa da União para legislar sobre direito processual e do trabalho);
- d) art. 48, *caput* (as atribuições do Congresso Nacional);
- e) arts. 59 a 69 (o processo legislativo bicameral);
- f) art. 37, *caput* (a obediência da administração pública aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência);
- g) art. 241 (o princípio segundo o qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transfe-

rência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços referidos).

5. Requereu, ao final de sua inicial, a concessão de medida cautelar que determinasse a suspensão dos atos impugnados, independentemente da oitiva dos órgãos interessados (art. 10, §3º, da Lei 9.868, de 1999). Entretanto, o ilustre Ministro-relator, demonstrando louvável prudência e apego ao contraditório, solicitou o pronunciamento do Banco Central do Brasil e do colendo Tribunal Superior do Trabalho, na forma do art. 10, *caput*, da Lei 9.868, de 1999.

6. Portanto, o presente pronunciamento consiste, tão-só, numa análise primeira do contido na referida ação direta, com a finalidade única de evitar os danosos efeitos, para a boa atuação da Justiça do Trabalho, decorrentes de uma eventual suspensão dos atos administrativos ora impugnados.

Análise

ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

7. Antes de avançar acerca do mérito da cautelar pleiteada na ação direta, convém esclarecer o que é o Sistema BacenJud, vez que sem tal conhecimento não se poderá demonstrar a inexistência de violação às normas constitucionais.

8. 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 SISBacen¹), 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

1/ Sistema de Informações do Banco Central do Brasil.

Judiciário, tais como falências, bloqueios e desbloqueios de aplicações e movimentações financeiras de pessoas físicas e jurídicas.

9. Antes da criação do BacenJud, essas providências somente poderiam ser encaminhadas ao Banco Central por meio de ofícios em papel. Nesse período, o volume de ofícios enviados à Autarquia cresceu enormemente. Consoante informa o *site* do Banco Central do Brasil, os ofícios em papel registram uma média superior a 600 (seiscentas) solicitações por dia. O volume de solicitações 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 à rede bancária. Segue quadro demonstrativo do volume das ordens judiciais encaminhadas por ofícios em papel nos últimos doze anos:

Ano	Número de ofícios em papel
1992	1.592
1993	3.261
1994	5.391
1995	9.134
1996	13.964
1997	25.190
1998	42.624
1999	57.924
2000	71.675
2001	81.521
2002	105.029
2003 ²	118.000

10. Como decorrência da evolução desse quadro, sob a regência do espírito de aproximação e cooperação com o Poder Judiciário, o Departamento de Gestão de Informação do Sistema Financeiro – Defin (antigo Decad) e o Departamen-

2/ Quanto ao ano de 2003, os dados referem-se até o dia 24/12/2003. Os números não incluem as solicitações formuladas pelo Sistema BacenJud. Os dados foram fornecidos pelo Departamento de Gestão de Informações do Sistema Financeiro do Banco Central.

to de Tecnologia da Informação (Deinf) desenvolveram o chamado BacenJud, que possibilita o encaminhamento de solicitações ao Banco Central do Brasil por meio eletrônico, via Internet.³ No sistema BacenJud, não há necessidade do envio do documento em papel. O próprio juiz preenche um documento eletrônico na Internet, que contém todas as informações que eram inscritas no ofício comum (observe-se o modelo de *layout* do Deinf anexo), e o remete ao Banco Central, que providenciará seu encaminhamento aos bancos.

11. Além da agilidade, confiabilidade, segurança e da economia oferecidas pelo BacenJud, cabe referir que o Sistema viabiliza a autenticação da ordem. Vale dizer, pelo sistema de ofício-papel, era presente a possibilidade do recebimento, pelo Banco Central, de determinações judiciais falsas, em razão da impossibilidade de se certificar a origem e a validade dos documentos, uma vez que é inviável a manutenção de cadastro de assinaturas de juízes e demais serventuários da justiça que demandam a interveniência do Banco Central.⁴ Já no Sistema eletrônico, o documento é autenticado pela senha individual do magistrado que encaminha o ofício eletrônico ao Banco Central.

12. Cabe, ainda, referenciar outra vantagem do BacenJud: 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 BacenJud foi possível uma padronização das determinações encaminhadas ao Banco Central, que seguem *layouts* predeterminados.

13. Portanto, da mesma forma como vinha ocorrendo nos últimos vinte anos, com a implantação do BacenJud, continuam os dados sendo transmitidos com segurança aos bancos, que cumprem as ordens judiciais e retornam as informações aos juízes. Ou seja, o sistema apenas permite que um ofício que antes era encaminhado em papel agora seja encaminhado pela Internet, racionalizando os serviços no âmbito do Banco Central do Brasil, dos demais integrantes do Sistema Financeiro Nacional e do próprio Poder Judiciário.⁵

14. Vale lembrar que o primeiro Convênio de Cooperação Técnico-Institucional celebrado com o Poder Judiciário para acesso ao BacenJud foi firmado

3/ Cf. Voto BCB 154/2000.

4/ O Voto BCB 221/2003 registra que essa hipótese já ocorreu na prática da intermediação de ordens judiciais.

5/ Cf. Introdução ao BacenJud – <http://www.bcb.gov.br/?BCJUDINTRO>.

em 8 de maio de 2001, entre o Banco Central do Brasil, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal. Esse convênio possibilitou o acesso ao BacenJud pelos magistrados federais e estaduais. Atualmente, os cinco tribunais regionais federais e os 27 tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal já firmaram adesão ao Convênio Bacen/STJ/CJF/2001.

15. Posteriormente, o Tribunal Superior do Trabalho firmou o Convênio Bacen/TST/2002, ora impugnado. Registre-se que a minuta de convênio foi submetida à apreciação desta Procuradoria-Geral, que já na oportunidade consignou: “A minuta de convênio, como se pode observar de suas cláusulas, em que pese a divulgação pela mídia de algumas críticas ao convênio firmado com o colendo STJ, não ofende, nem poderia ofender disposições constitucionais ou infraconstitucionais, mas tão-somente possibilita a remessa de ordem judicial ao Banco Central do Brasil, às instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Bacen, **por meio de ofícios eletrônicos**.”⁶

16. Mais recentemente, em 5 de maio de 2003, o Superior Tribunal Militar firmou convênio com o Banco Central, nos mesmos termos do convênio ora impugnado.⁷

17. Atualmente, a maioria das ordens judiciais dirigidas ao Sistema Financeiro Nacional, encaminhadas por intermédio do Banco Central, são viabilizadas pelo BacenJud. Importante registrar o assombroso crescimento e a maciça adesão dos magistrados de todo o País ao novo sistema. Segue quadro demonstrativo, referente aos últimos três anos:

Ano	Número de ofícios eletrônicos (BacenJud)
2001	524
2002	42.579
2003 ⁸	258.031

6/ Trecho da COTA/2002/00728/DEJUR/PREXT, grifos do original.

7/ Faz-se mister a referência aos demais convênios, embora não impugnados na presente ação direta, diante da prerrogativa que a lei confere ao ilustre Ministro-Relator de requisitar informações adicionais aos tribunais superiores, aos tribunais federais e estaduais (art. 20, §2º, da Lei 9.868, de 1999).

8/ Até o dia 23/12/2003. Dados fornecidos pelo Defm.

18. Não se pode deixar de consignar que a Justiça do Trabalho é a grande cliente do BacenJud. Até agora, 24 tribunais regionais do trabalho firmaram termo de adesão ao Convênio BacenJud. Assim, noventa por cento das solicitações encaminhadas pelo BacenJud vêm da Justiça do Trabalho. Em 2003, foram 237.712 ofícios eletrônicos enviados pela Justiça do Trabalho.

IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA CONTRA ATO ADMINISTRATIVO SEM CONTEÚDO NORMATIVO

19. Feitos os necessários esclarecimentos preliminares, passa-se a discorrer acerca da medida cautelar solicitada na ação direta em questão.

20. Por primeiro, tem-se a completa impropriedade do controle de constitucionalidade de um convênio por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Não há conteúdo normativo algum no Convênio BacenJud a ensejar o controle constitucional abstrato de normas. O texto constitucional é claro: ao Supremo Tribunal compete processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF, art. 102, I, *a*). O ilustre Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, em obra clássica, assim esclarece:

Não se discute que atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária.⁹

21. Efetivamente, a doutrina administrativista indica que os convênios são meros ajustes entre Poder Público e entidades públicas ou privadas, não se tratando sequer de um contrato.¹⁰ No caso, como se demonstrou, trata-se de um

9/ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 162.

10/ “O Convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas. Define-se convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas. 2002, p. 291.

ajuste entre o egrégio Tribunal Superior do Trabalho e o Banco Central do Brasil para facilitar o encaminhamento de ofícios eletrônicos dos magistrados do trabalho ao Banco Central, que providencia a circulação das ordens judiciais, por meio eletrônico, no SISBacen. Não se trata, portanto, de ato que “encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinada de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários”¹¹.

22. Deve, pois, ser negado trânsito à presente ação direta, diante da clara impropriedade de seu objeto.

23. Também se pode dizer que não cabe ação direta contra os Provimentos 1 e 3, da egrégia Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. A leitura detida dos dispositivos impugnados demonstra que não possuem conteúdo normativo.

24. O Provimento 1, de 2003, em verdade, cuida de mera exortação aos juízes do trabalho, ora recomendando a utilização do Sistema BacenJud, evitando o encaminhamento de ofícios em papel, ora aconselhando a não-circularização de questionamentos acerca da existência de contas, vez que tal providência revelou-se como alerta ao devedor que sacava os valores depositados (arts. 1º e 3º). O art. 2º recomenda aos juízes a constante atualização de seus dados. Os arts. 4º e 5º encerram determinações já contidas na própria lei, pois determinam a comunicação de delitos ao Ministério Público Federal, na hipótese da prática de delito de fraude à execução, e o dever dos juízes de não bloquearem contas fora dos limites de sua jurisdição. As demais disposições são de cunho procedimental interno da Justiça do Trabalho.

25. O Provimento 3, de 2003, possibilita às empresas de grande porte, com contas em várias localidades, que optem pelo cadastramento de uma conta bancária para bloqueio dos seus valores quanto aos débitos trabalhistas. Ou seja, se a empresa desejar, poderá colocar à disposição da Justiça do Trabalho conta para o que se convencionou chamar de bloqueio *on line*. Essa providência visa evitar o bloqueio indiscriminado de contas. É que a determinação de 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 con-

11/ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 609.

ta poderá demorar alguns dias, até ser comunicada à instituição financeira. Entretanto, convém esclarecer que esse problema também acontece na hipótese de o magistrado optar pela não-utilização do BacenJud. Aliás, caso o bloqueio decorra de ordem em officio-papel, a ordem de desbloqueio será ainda mais demorada. Como visto, o BacenJud apenas facilita o encaminhamento da determinação judicial para o Banco Central, em nada alterando, na forma de repasse pelo Banco Central, a determinação judicial às instituições financeiras. Fica claro, portanto, que o Provimento 3, de 2003, nada tem a ver com o BacenJud.

26. Registre-se, por necessário, que o Banco Central do Brasil não possui cadastro individualizado de contas dos clientes do Sistema Financeiro Nacional. Assim, não pode evitar o bloqueio indiscriminado de contas. Cabe anotar, ainda, que o Banco Central do Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho e a Febraban vêm elaborando estudos com a finalidade de automatizar o retorno das informações dos bancos aos juízes.¹²

27. Portanto, também no que toca aos provimentos impugnados, conclui-se pela inviabilidade da presente ação direta, sendo conseqüência o seu não-conhecimento. Não obstante, o princípio da eventualidade determina a análise da ocorrência (ou não) dos pressupostos necessários à concessão da medida cautelar.

INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE SIGILO E DE PROPRIEDADE E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

28. Após verificar no que consiste o Sistema BacenJud – mera automação do encaminhamento de ordens judiciais ao Banco Central –, fica fácil afastar as alegações de violação aos direitos e garantias individuais, especialmente no que toca ao sigilo, ao direito de propriedade e ao devido processo legal.

29. Quanto ao sigilo, todas as determinações são encaminhadas por magistrados. A Cláusula Terceira do Convênio BacenJud, em sua alínea *c*, informa que “a indicação do FIEL recaíra apenas sobre magistrados”. O *FIEL*, consoante o disposto na Cláusula Segunda, alínea *b*, é o Gerente Setorial de Segurança da Informação de cada Tribunal. É o encarregado de autorizar o acesso ao BacenJud, mediante o uso de senha pessoal.

12/ Cf. Voto BCB 221/2003.

30. Já a Cláusula Sétima, *caput*, dispõe o convênio:

“O acesso ao Sistema BacenJud se dará por meio de senhas, após o cadastramento de usuário efetuado pelo FIEL do respectivo tribunal. Haverá duas formas de autorizações de usuários: **a primeira, de exclusividade do juiz, poderá solicitar e efetivar pedidos e somente o titular dessa senha poderá autorizar o envio dos ofícios eletrônicos ao Bacen; a segunda será concedida a funcionários do Tribunal ou das Varas do Trabalho para proceder a digitação dos dados.**” (grifei).

31. Como dizer, então, que há violação aos direitos e garantias fundamentais, de qualquer espécie, se as ordens emanam da autoridade judiciária competente? Violação do direito de propriedade e do sigilo pelos magistrados? Ora, na hipótese de eventual violação desses direitos pela autoridade judiciária, a parte deve interpor recurso para a autoridade judiciária superior, nos autos em que proferida a decisão judicial supostamente violadora de seu direito. Com efeito, não é o caso de ação direta.

32. O mesmo se diga no tocante à alegação de violação ao devido processo legal e ao princípio do contraditório. Os ofícios eletrônicos encaminhados ao Banco Central são decorrência de decisão tomada nos autos de processos judiciais. Não se pode falar em ofensa ao devido processo legal, se se trata de decisão proferida conforme as normas do processo trabalhista. Nos casos em que a decisão contrariar os cânones do processo legal, deve a parte interpor o recurso previsto em lei ou utilizar-se de outros meios de impugnação, como o mandado de segurança contra ato judicial.

33. Conclui-se, pois, que não procedem as alegações lançadas pelo autor da presente ação direta. Não se vislumbra, então, *fumus boni iuris* para a concessão da medida cautelar pleiteada.

SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 241 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

34. O partido-autor argumenta, ainda, com suposta violação ao art. 241 da Constituição Federal pelo Convênio BacenJud. O artigo supostamente transgredido possui a seguinte redação:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e **os convênios de cooperação** entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (grifei).¹³

35. Conseqüência da violação ao art. 241 da Constituição Federal, vez que não regulamentado em lei o convênio, seria a infringência ao processo legislativo e ao princípio da legalidade. Os argumentos, em verdade, não têm nenhuma procedência.

36. Os convênios públicos foram disciplinados pela Lei de Licitações, como esclarece a prof. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, já na vigência da Emenda Constitucional 19, de 1998: “O convênio está disciplinado pelo art. 116 da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual as disposições dessa lei são aplicáveis, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgão e entidades da Administração.”¹⁴

37. A própria redação do Convênio BacenJud dispõe que as partes “têm justo e acordo o presente convênio, que se rege com fundamento nos arts. 25, *caput*, e 116 da Lei nº 8.666/1993, pelo Regulamento anexo à Circular/Bacen nº 2.717, de 3/9/1996 – o qual passa a integrar esse instrumento, bem como pelas cláusulas e condições seguintes (...)”.

38. Mostram-se, dessa forma, completamente infundadas as alegações de violação ao art. 241 da Constituição Federal, ao processo legislativo e ao princípio da legalidade. Assim, também por esse fundamento, não se tem presente o *fumus boni iuris*.

INEXISTÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA*

39. Sob a perspectiva do *periculum in mora*, fácil demonstrar que, em verdade, o perigo na demora é inverso. Significa dizer: o perigo milita em favor do convênio e dos provimentos que o regulamentam, na hipótese improvável de concessão da medida cautelar.

13/ Redação de acordo com a Emenda Constitucional 19, de 1998.

14/ *Ob. cit.*, p. 293.

40. Com a implantação do BacenJud, o Banco Central do Brasil promoveu ampla divulgação do novo Sistema, para disseminar a compreensão da forma de sua utilização, bem como para incentivar sua utilização pelos magistrados.

41. Entretanto, a esperada diminuição do volume de ofícios em papéis acabou não acontecendo. É que a maioria dos magistrados acabou conhecendo a facilidade e eficiência de oficiar ao Banco Central para garantir a efetividade de suas decisões com reflexos no Sistema Financeiro Nacional. É o que consta do Voto BCB 221/2003:

“Contudo, com o advento do sistema BacenJud, era esperado que a quantidade de ofícios em papel fosse reduzida a níveis suportáveis. Tal fato não ocorreu. Com a divulgação do sistema, mais juízes tomaram conhecimento da possibilidade de oficiar ao Banco Central. Isto acarretou um aumento na quantidade total de ordens, mas não diminuiu aquelas em papel, o que dá a entender que os juízes que já se utilizam do BC continuaram a fazê-lo, porém sem evoluir para o uso do sistema. Assim, esperamos, para 2003, o processamento manual de 120.000 ordens judiciais.”

42. Antes da implantação do Sistema BacenJud, as ordens encaminhadas pelo Poder Judiciário ao Banco Central não passavam de 75.000 ao ano. Hoje essas determinações ultrapassam as 375.000 requisições ao ano. Segue quadro demonstrativo sobre os últimos quatro anos:

Ano	Número total de ofícios (BacenJud + ofício-papel)
2000	71.675
2001 ¹⁵	82.045
2002	147.608
2003 ¹⁶	376.031

43. A gravidade do caso revela-se quando se acresce o seguinte dado: o sistema anterior ao BacenJud tem uma capacidade limitada de armazenamento. Segundo informa o já referido Voto BCB 221/2003, o Sistema “DIVIN”, que pos-

15/ O BacenJud foi implantado em 8/5/2001.

16/ Dados fornecidos pelo Defin. Quanto ao ano de 2003, os dados referem-se a até 24/12/2003.

sibilita a conversão dos ofícios para circularização no SISBacen, possui capacidade máxima de 100.000 ofícios por ano.¹⁷

44. Assim posto o problema, fica fácil constatar o caos que significaria o desligamento do BacenJud. Somente os 100.000 primeiros ofícios encaminhados ao Banco Central seriam processados. Os demais iriam acumular-se para o ano seguinte. Formar-se-ia um acúmulo anual de quase trezentos mil ofícios nos escaninhos desta Autarquia. As decisões judiciais no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, num revés de vinte anos, voltariam ao tempo em que ainda não contavam com a colaboração do Banco Central. Então os magistrados, somente por um milagre, poderiam localizar as contas e os investimentos de um devedor contumaz, por exemplo.

45. Embora aqui se trate apenas da Justiça do Trabalho, não se pode esquecer, como alhures destacado, que noventa por cento dos ofícios encaminhados ao Banco Central são oriundos da Justiça do Trabalho.

46. A hipótese da presente ação direta configura, portanto, verdadeiro *periculum in mora* inverso.

Conclusão

47. Diante do exposto, conclui-se, preliminarmente, pela inviabilidade da ação direta de inconstitucionalidade, já que não se volta contra atos normativos, sendo, pois, o caso de não-conhecimento da pretensão autoral.

48. Na hipótese de se ultrapassar a preliminar acima, verifica-se, no mérito, que o Convênio BacenJud não viola, nem poderia violar, postulado algum de garantia ou direito individual, pois se cuida, tão-só, de um sistema eficiente de transmissão de ofícios eletrônicos do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil. Não há, portanto, violação alguma ao art. 241 da Constituição Federal e ao processo legislativo, vez que os convênios foram disciplinados pela Lei de Licitações (art. 116). Inarredável, por tudo isso, a conclusão de que a presente ação

17/ “O sistema ‘DIVIN’, desenvolvido em linguagem ‘Access’, tem sua capacidade máxima de 100 mil ofícios por ano. Em 2002 essa marca já foi ultrapassada, o mesmo devendo ocorrer em 2003. O volume excessivo de dados nos sistema tem acarretado constantes panes, com conseqüente formação de indesejáveis estoques de ofícios a serem processados, além de um acúmulo adicional e desnecessário de trabalho.” O Voto BCB 221/2003 informa, ainda, os projetos do Deinf de criar um novo sistema para substituir o “DIVIN”, com maior capacidade de armazenamento. Entretanto, infelizmente, esse novo sistema ainda não foi criado.

não cumpre o requisito do *fumus boni iuris*, indispensável para a concessão da medida cautelar.

49. Por fim, demonstrou-se que o *periculum in mora*, na verdade, é inverso, visto que a concessão da medida cautelar implicaria a completa ineficácia das ordens emanadas do Poder Judiciário, frente ao Sistema Financeiro Nacional.

50. Essas são, pois, as considerações que submeto à apreciação de Vossa Senhoria e que, se aprovadas, poderão ser remetidas ao egrégio Supremo Tribunal Federal, a título de informações preliminares na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.091-4/DF.

À consideração de Vossa Senhoria.

Brasília, 29 de dezembro de 2003.

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral do Banco Central

(Segue Despacho Proc. 0301234772)

Anexos: Convênio de Cooperação Técnico Institucional firmado entre o BCB, o CJF e o STJ; Convênio de Cooperação Técnico Institucional firmado entre o BCB e o TST; Convênio de Cooperação Técnico Institucional firmado entre o BCB e o STM; Circular 2.177, de 3 de setembro de 1996, do Banco Central; Cota/2002/00728/DEJUR/PREXT; Voto BCB 154/2000; Voto BCB017/2002; Voto BCB 221/2003; Introdução ao BacenJud – <http://www.bcb.gov.br/?BCJUDINTRO>; DEINF/DISIN/SUSIN – *Layout* de Pedidos Judiciais; BacenJud – Instruções de Acesso e Segurança da Informação.

Despacho
Proc. 0301234772

Aprovo o pronunciamento legal da lavra do Subprocurador-Geral da área de representação judicial, que bem aprecia a controvérsia.

Remeta-se ao ilustre relator da ação direta de inconstitucionalidade, a título de manifestação preliminar da Autarquia sobre a matéria.

Brasília, 29 de dezembro de 2003.

Francisco José de Siqueira
Procurador-Geral do Banco Central

Petição PGBC-13607/2006

Requerimento de ingresso do Banco Central do Brasil na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 77-7, na qualidade de *Amicus Curiae*, com o propósito de explicitar as razões de fato e de direito que evidenciam a constitucionalidade do art. 38, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.880, de 1994.

Francisco José de Siqueira
Procurador-Geral do Banco Central

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral do Banco Central

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

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE,
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 77-7

ARGÜIDOR: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO – CONSIF

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Autarquia Federal situada no endereço abaixo transcrito, por seus procuradores (art. 17, inciso I, Lei Complementar nº 73, de 1993, *c/c* art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.650, de 1998), vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com esteio no disposto no art. 6º, §2º, da Lei nº 9.882, de 1999, requerer o ingresso no feito judicial, na qualidade de *amicus curiae*, pedindo a juntada do presente

MEMORIAL

para o fim de explicitar as razões de fato e de direito que evidenciam a constitucionalidade do art. 38, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.880, de 1994.

2. O Banco Central está no pólo passivo de 21 (vinte e um) feitos judiciais, por meio dos quais diversas instituições financeiras, especialmente corretoras de títulos e valores mobiliários, tencionam demonstrar a inconstitucionalidade do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, para o fim de, mediante a negativa de vigência do referido preceptivo, aplicar o índice IGP-M, dito de ação prolongada (“cruzeirizado”), na atualização monetária, nos meses de julho e agosto de 1994, das Notas do Tesouro Nacional – NTNs.

3. Dentre as ações cujo *meritum causae* é a viabilidade de aplicação do índice de correção monetária IGP-2 às NTN's, merece especial destaque o Mandado de Segurança no 95.0002200-1, processado na 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, em que a instituição financeira Multiplic Ltda. obteve em seu favor depósito judicial equivalente a R\$181.308.120, 64 (cento e oitenta e um milhões, trezentos e oito mil, cento e vinte reais e sessenta e quatro centavos), a valor de junho de 1995, hoje correspondente ao total aproximado de R\$450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões).

4. Em sede de Apelação em Mandado de Segurança, Processo no 2002.03.99.026393-4, a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento, por unanimidade, à apelação do Banco Central e à remessa oficial, negando provimento à apelação da Multiplic Ltda., para o fim de reconhecer o acerto da utilização do IGP-2, nos meses de julho e agosto de 1994, quando do resgate das mencionadas NTN's, razão por que se tem por ilegítima a manutenção do depósito judicial *ut supra* mencionado.

5. Ainda sobre o tema aqui referido, destaque-se o processamento do RE 307.108, de relatoria do eminente Ministro Joaquim Barbosa, no qual figuram, como recorrente, Adipar Corretora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. e, como recorrido, o Banco Central, cujo julgamento, que poderia resolver a questão de fundo a respeito do interesse do Banco Central, também se encontra suspenso.

6. Com efeito, pois, urge salientar que, enquanto o Banco Central adotava as providências necessárias à recuperação da quantia mencionada no item 4 e à obtenção do pronunciamento da Corte Constitucional sobre o aludido Recurso Extraordinário, sobreveio a decisão liminar proferida na ADPF nº 77-7, DJ de 4 de agosto de 2006, em que Vossa Excelência, *ad referendum* do Plenário, sobrestou todos os processos nos quais se questiona a constitucionalidade do precitado art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, inviabilizando a expedição do alvará de levantamento de depósito judicial.

7. Assim, tendo em vista que o controle da inflação consubstancia tema especialmente afeito aos labores desta Autarquia, fato que por si só já credencia sua presença na ação, para trazer inequívocos contributos ao deslinde desse tema, e que há manifesto interesse jurídico da autoridade monetária em demonstrar a constitucionalidade do multicitado art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, o Banco

Central vem requerer seu ingresso no feito como *amicus curiae*, nos termos das razões anexadas a esta peça judicial.

Nesses termos,
pede juntada e deferimento.

Brasília, 15 de dezembro de 2006.

Francisco José de Siqueira
Procurador-Geral do Banco Central

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral do Banco Central

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

(Seguem Razões do *Amicus Curiae*)

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 77-7

Razões do *Amicus Curiae* Banco Central

I – Resumo da Controvérsia

A Confederação Nacional do Sistema Financeiro – Consif ajuizou a presente Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental colimando dirimir relevante controvérsia acerca da aplicabilidade do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994. No contexto desta demanda de conteúdo objetivo, a entidade tenciona elucidar se a incidência do índice IGP-2, nos meses de julho e agosto de 1994, sobre contratos financeiros originalmente atualizados pela aplicação do IGP-M, vulneraria a garantia constitucional de inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), tal como fazem crer variadas decisões judiciais prolatadas nas mais diversas Cortes do País.

2. A Consif defende a constitucionalidade do precitado art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, fulcrada em paradigmas jurisprudenciais há muito consolidados no âmbito do egrégio Supremo Tribunal Federal, destacando, nesse particular, os seguintes precedentes da Corte Constitucional:

- 1) a impossibilidade de invocação de direito adquirido contra normas que alteram o padrão monetário ou o índice de correção monetária;

- 2) a aplicabilidade imediata das normas que alteram o padrão monetário e que estabelecem critérios para conversão de valores, não se lhes podendo objetar as limitações imanentes ao ato jurídico perfeito;
- 3) a imperiosidade de as regras que determinam a alteração do padrão monetário estabelecerem, necessariamente, critérios adequados de conversão da moeda, sob pena de vulneração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3. Aduzindo deter a qualidade de *amicus curiae*, a Federação Brasileira de Bancos – Febraban, mediante ingresso no feito como interessada, ampliou o debate em favor da constitucionalidade do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, trazendo para o escopo desta ação novéis aspectos substantivos. Em face dessas considerações, mostra-se necessário, a essa altura, registrar os principais argumentos meritórios que pontificaram na intervenção da mencionada entidade, destacando-se, em especial, as intelecções voltadas a elucidar os âmbitos de vigência temporal, material e pessoal do preceptivo legal em apreço, ocasião em que a Febraban asseverou:

- 1) a determinação de aplicação do índice de correção monetária IGP-2 a contratos financeiros, nos meses de julho e agosto de 1994, consubstancia-se em regra de direito intertemporal, elaborada com o propósito de, tão-somente, manter, durante a transição da fase inflacionária para a de estabilidade monetária, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- 2) a vigência material do comando que emerge do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, volta-se, precipuamente, à fixação do “Real” como a moeda de paradigma para o cálculo dos índices de correção monetária dos meses de julho e agosto de 1994;
- 3) a aplicação do IGP-2 aos contratos financeiros, nos meses de julho e agosto de 1994, não pode ser tida como substituição do índice de correção monetária pactuado (IGP-M). O que há, na verdade, é uma

adequação do índice contratual à nova realidade monetária (substituição do Cruzeiro Real pelo Real, a partir de 1º de julho de 1994).

4. A instituição financeira Multiplic Ltda., por meio de petição protocolizada em 23 de março de 2006 (fls. 1.037/1.072), ingressou na presente ação almejando demonstrar supostas impossibilidades de se manejar a argüição de descumprimento de preceito fundamental para o fim de debater a constitucionalidade do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994. No entanto, sem o enfrentamento da questão de fundo – a constitucionalidade ou não do preceito legal ora analisado – e, mais importante, sem a refutação de nenhuma das orientações jurisprudenciais assentadas na Corte Constitucional, a peça de ingresso da Multiplic Ltda. limitou-se a tratar de questões meramente procedimentais, nada trazendo, pois, aos autos que contribuísse para o deslinde do presente caso.

II – Considerações Iniciais

Urge demonstrar, *prima facie*, o desacerto de se pressupor inconstitucional, em face da dicção exarada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, o preceito vazado no art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, que determinou a aplicação do índice IGP-2, nos meses de julho e agosto de 1994, aos contratos financeiros originalmente pactuados com cláusula de atualização monetária pelo índice IGP-M.

6. A bem de ver, feito o preciso exame das alterações legislativas encetadas na Lei nº 8.880, de 1994,¹ reguladoras do Programa de Estabilização Monetária denominado “Plano Real”, despontará incontestemente a inviabilidade de se negar vigência ao preceptivo legal ora debatido, notadamente em face das ponderações exaradas nos tópicos subseqüentes.

7. De início, convém recordar que uma das principais inovações do “Plano Real” foi a criação, em 1º de março de 1994, da Unidade Real de Valor – URV, que, em um primeiro momento, serviria, exclusivamente, como **padrão de valor**

1/ Cumpre esclarecer que o Programa de Estabilização Monetária denominado “Plano Real” foi criado pela Medida Provisória 434, de 27 de fevereiro de 1994, reeditada com alteração como MP 457, de 29 de março de 1994, posteriormente convertida na Lei nº 8.880, em 27 de maio de 1994, sendo que, em todas as versões do referido normativo, havia a prescrição da regra ora em debate.

monetário, pois, a partir de 1º de julho daquele ano, passaria também a ser dotada de poder liberatório (curso forçado), com a mudança de sua denominação para “Real”.

8. Como se pode perceber, a partir de 1º de março de 1994 (até 30 de junho do mesmo ano), passou a existir singular situação no âmbito do Sistema Monetário Nacional, vale dizer: havia a prescrição legal da existência de duas diferentes unidades monetárias para servir como **reserva de valor** – a URV e o Cruzeiro Real –, mas somente o Cruzeiro Real, até 1º de julho de 1994, poderia ser utilizado para fins liberatórios (meio de pagamento), na forma do art. 1º, §1º, da Lei nº 8.880, de 1994.

9. Ora, a existência nos meses de março a junho de 1994 dessa duplicidade monetária (**para fins de reserva de valor**) deu azo à medição, pelos diversos institutos de pesquisa, da inflação ocorrida nas duas unidades de valor (Cruzeiro Real e URV), fato que permitiu à Fundação Getúlio Vargas divulgar dois índices de variação de preços para o referido período, o IGP-M, que media a inflação em Cruzeiro Real, e o IGP-2, que expressava a inflação em URV, utilizando os mesmos critérios de aferição do IGP-M (período de coleta de dados, cesta de mercadorias, ponderação dos itens da cesta).

10. Em 1º de julho de 1994, como visto, a URV passou a ser denominada Real (art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.880, de 1994), constituindo, por expressa determinação do art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.880, de 1994, a moeda com poder liberatório (curso forçado) no âmbito do Sistema Monetário Nacional. Segue-se, do exposto, que, nos quatro meses anteriores à data de emissão do Real (1º de julho de 1994), era possível calcular preços e comparar valores tanto em Cruzeiro Real como em URV (Real). Todavia, jamais isso poderia ser feito após o dia 1º de julho de 1994 (data de emissão do Real), já que, a partir daquela data, não mais seria factível expressar a inflação em Cruzeiro Real, em face da inexistência dessa moeda.²

11. Nesse contexto, é relevante observar que a Fundação Getúlio Vargas, além de divulgar o IGP-2, expressando a inflação em **Real** para os meses de julho e agosto de 1994 (nos valores de 4,33 % e 3,94 %), resolveu também calcular

2/ Nesse sentido, confira-se o disposto no art. 3º, *caput* e §1º, da Lei 8.880, de 1994:

“Art. 3º Por ocasião da primeira emissão do Real tratada no *caput* do art. 2º, o **Cruzeiro Real não mais integrará o Sistema Monetário Nacional, deixando de ter curso legal e poder liberatório.**

§ 1º A primeira emissão do Real ocorrerá no dia 1º de julho de 1994.”

o chamado IGP-M “cruzeirizado” (ou a “provável” inflação em Cruzeiro Real), buscando “aferrir” (arbitrar), por meio de critérios presuntivos, como se daria a variação dos preços em Cruzeiro Real nos meses de julho e agosto de 1994, período em que, é bem de ver, não ocorriam transações na referida moeda. Res-salte-se, por necessário, que a tentativa empreendida pela FGV configurou re-tumbante equívoco doutrinário e conceitual. Deveras, para calcular o IGP-M de ação prolongada³ (meses de julho e agosto de 1994), a Fundação Getúlio Vargas utilizou preços praticados em Real, “convertendo-os” em Cruzeiro Real por meio do artifício de multiplicá-los pelo valor da URV em 1º de julho, data da primeira emissão da nova moeda.⁴

12. Como se percebe, a FGV partiu da equivocada premissa de que, dali em diante, os fatores de conversão ficariam constantes, fato que se entremostrou completamente incorreto, bastando a **simples verificação da subsequente des-valorização do dólar americano para** comprovar que a sistemática era arbitrária e provocaria distorção no índice a ser obtido. Passados dois meses (julho e agosto de 1994) do uso prolongado do IGP-M com base em preços “cruzeirizados”, voltou a FGV a reconhecer que não havia lugar para dois índices, extinguindo o nome IGP-2 e voltando a utilizar a designação IGP-M,⁵ por entender que era o único procedimento que fazia sentido desde a instituição do Real.

13. Como decorrência natural do exposto, deve-se firmar a seguinte conclusão: é de todo impossível, à mingua de fundamento econômico, medir a inflação em Cruzeiro Real a partir de 1º de julho de 1994. Com efeito, qualquer tentativa de consecução dessa tarefa esbarraria, depois de 1º julho de 1994, em uma flagrante impossibilidade lógica, qual seja: a completa inexistência de transações efetuadas na proscribita moeda. Deveras, qualquer cálculo executado para atingir esse fim estaria impregnado de incontrastável arbitrariedade, haja vista que seria realizado, inexoravelmente, a partir de dados fictícios (preços em Real multiplicados pelo fator de conversão do dia da mudança da moeda), imprestáveis, portanto, para medir a grandeza econômica colimada (inflação em Cruzeiro Real). Assim, não há o menor sentido em se pretender utilizar o chamado IGP-M

3/ Medição da inflação em Cruzeiros Reais.

4/ O valor da URV na data de conversão era de CR\$2.750,00, ou seja, R\$1,00 = CR\$2.750,00.

5/ Pelo exposto, vê-se que, até junho de 1994, o IGP-M media a inflação em Cruzeiro Real. Nos meses de julho e agosto de 1994, o IGP-M tencionava medir uma hipotética inflação em Cruzeiro Real, em um período em que a moeda não mais existia. Somente a partir de setembro de 1994, o IGP-M passa a substituir o IGP-2 e, então, medir a inflação em Real.

“cruzeirizado” como índice de correção monetária das operações financeiras nos meses de julho e agosto de 1994, sobretudo porque, como é de todo conhecido, a unidade de conta “Cruzeiro Real” não mais existia naquele período.

14. Só por isso, há de ficar evidente a despropositada pretensão de substituir o IGP-2 pelo IGP-M, dito de ação prolongada (“cruzeirizado”), no cálculo da correção monetária dos meses de julho e agosto de 1994, já que essa postulação, a toda evidência, equivale a fazer um ajuste monetário mediante a comparação de preços em moedas diferentes. Em verdade, a declaração de inconstitucionalidade do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, nada mais significa do que pretender que a inflação em Real seja calculada tomando por base preços presumivelmente “praticados” em Cruzeiro Real, num período em que a moeda de paradigma já não existia.

III – A Inexistência de Lesão a Direito Adquirido

III.1 – O Índice de Correção Monetária como Mera Expectativa de Direito

15. A principal linha de argumentação em que se funda a pretensão de inconstitucionalidade do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, assevera o entendimento de que o preceptivo legal afrontaria o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, por suposta violação ao ato jurídico perfeito (contrato) e ao direito adquirido (cláusula de correção monetária pelo IGP-M).

16. Antes de tudo, cumpre, desde logo recordar que, na esteira das orientações fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, inexistente direito adquirido a padrão monetário e a um dado índice de correção monetária.

17. Consigne-se, nesse contexto, que a previsão, no início dos anos 90, de aplicação do índice IGP-M para atualização dos contratos financeiros até então concertados estava umbilicalmente ligada ao fato de as avenças, naquela época, serem regidas por estatuto monetário que fixava o “Cruzeiro Real” como unidade representativa da reserva de valor. Feito esse registro, deve-se sobrelevar um aspecto particularmente importante para o deslinde da presente lide, qual seja: **a alteração no padrão monetário deve implicar, necessariamente, a adoção**

de novo índice inflacionário, sob pena de restar inviabilizado o cálculo da correção monetária.

18. Assim, como os contratantes não podem, *a priori*, profetizar sobre a edição, pelo Governo, de um Plano Econômico modificador do padrão monetário contratado, não há dúvida de que, na atualidade, o credor se verá impossibilitado, ante a eventualidade de alteração no estatuto da moeda, de afirmar, antes do vencimento da obrigação, qual o índice de correção monetária a ser efetivamente praticado. Como se percebe, imperativos de ordem econômica podem determinar a necessidade de alteração do padrão monetário, com possibilidade, inclusive, de extinção dos índices de correção monetária pactuados. Desse modo, não faz sentido pugnar-se por um pretensão direito adquirido a um determinado índice de correção monetária na data de vencimento da obrigação, já que antes disso se tem apenas mera **expectativa de direito**.

19. Tanto isso é exato que, ao tempo do chamado “Plano Bresser”, ocasião em que se discutia a aplicação do deflator (“tablita”) em contratos com vencimento a termo, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgamento da Segunda Seção (REsp 35.208/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 8 de abril de 1996), rejeitou, por unanimidade, os precitados embargos, entendendo que cláusula contratual de correção monetária não consolida uma dada situação jurídica, por constituir, em verdade, **mera expectativa de direito**, razão por que a novel regra de direito econômico deve se projetar sobre contratos em andamento. Nesse sentido, observe-se esclarecedor fragmento do *decisum* em apreço:

(...)

III – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido enfática e uníssona no sentido de que a incidência imediata de normas de Direito Econômico nos negócios avençados antes da sua vigência, e com **previsão de salvaguarda inflacionária que se projeta no futuro, não importa em retroação, por não afetar situações jurídicas consolidadas.**

(os destaques não são do original)

20. A apuração da correção monetária constitui ato complexo, que demanda certo lapso de tempo e só se perfaz com a publicação dos respectivos índices. Antes disso, não se de há falar em ato jurídico perfeito ou direito adquirido, mas em mera expectativa de direito, tal como restou inequivocamente assentado

do Voto da Desembargadora Federal Julieta Lídia Lunz, do TRF da 2ª Região, relatora do acórdão em sede de apelação nos autos do MS nº 94.00.44433-8, em excerto vazado nos seguintes termos:

Os contratos de aplicação financeira constituem-se em fases distintas e complexas, daí que somente se aperfeiçoam e consumam no termo determinado, mormente em que se têm os contratos como consumados ou constitutivos de direitos, dependentes da condição temporal.

Isto porque, sendo atos jurídicos complexos, **não se pode irrogar a garantia constitucional quanto ao direito adquirido, posto que consistem os direitos pactuados em autênticas** expectativas que contidas no tempo podem ser alteradas por lei de ordem pública e econômica – seja para lhes beneficiar ou mesmo alterar substancialmente as condições de fato em que se acentuou o inicial pacto, cuja consumação e aperfeiçoamento depende de lapso temporal. (os destaques não são do original)

21. Posta a questão sob essa perspectiva, tem-se como imperiosa a conclusão de que a inserção na Lei nº 8.880, de 1994, da regra do art. 38 e seu parágrafo único – de que o cálculo dos índices de correção monetária, nos meses de julho e agosto de 1994, deveria tomar por base preços em Real (equivalente, em URV, aos preços em Cruzeiro Real), com a conseqüente nulidade da aplicação de índice diverso – não poderia violar direito adquirido, porquanto somente passível de se cogitar, *in casu*, da ocorrência de mera expectativa de direito, impossível de ser alcançada pela cláusula de garantia exarada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Nessa linha de idéias, registre-se, como reforço argumentativo, a ponderação de Luiz Carlos Sturzenegger:⁶

A alteração introduzida pelo programa de estabilização – na prática a eliminação dos efeitos da defasagem – afetou apenas aquilo que Roubier denomina de *facta pendentia* e *facta futura*, que correspondem, na teoria de Gabba, à mera “expectativa de direito”, situação não protegida em nosso sistema jurídico.

6/ STURZENEGGER, Luiz Carlos. A propósito da polêmica em torno do art. 38 da Lei 8.880/1994. In: **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**. Ed. Revista dos Tribunais, ano XXXIII, out-dez/1994, v. 96, p. 43.

III.2 – A Inexistência de Direito Adquirido em Razão de Alteração de Padrão Monetário

22. O art. 38 em apreço nada mais fez, como visto, do que instituir nova sistemática de cálculo da correção monetária, adequando os contratos em andamento ao novel padrão monetário decorrente da instauração do chamado “Plano Real” (Lei nº 8.880, de 1994). Por simples razão de ordem lógica, a partir do curso forçado da nova moeda (o “Real”, em 1º de julho de 1994), exsurgiu a necessidade de se fazer a correção monetária tomando por base valores em Real (art. 38 e parágrafo único), razão suficiente para afastar, *in casu*, o suposto direito adquirido a índice diverso, previamente pactuado.

23. Não fora isso bastante, destaque-se, noutro passo, que a estabilidade econômica, em contraposição à inflação, configura valor umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana, na medida em que permite uma melhor distribuição da renda nacional. Com efeito, a almejada estabilidade monetária produz efeitos favoráveis em toda sociedade, provocando especial benefício às camadas mais pobres da população, sabidamente desprovidas de condições de acesso aos mais mezinhos mecanismos de proteção ao valor da moeda (poupança, aplicações financeiras, dentre outros) existentes no âmbito do sistema financeiro.

24. Por certo, foi considerando os relevantes aspectos acima apontados que o egrégio Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967 (alterada pela EC nº 1, de 1969), assentou sábia e sólida jurisprudência afastando a hipótese de oposição da cláusula constitucional de garantia do direito adquirido contra novas regras de direito econômico, criadas para promover alteração no padrão monetário nacional, tal como presente no seguinte excerto da ementa do RE 114.982-5/RS, da lavra do Ministro Moreira Alves, relator da matéria:

(...)

– **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 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** a que se refere o parágrafo 3º do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/69. (os destaques não são do original)

25. No mesmo sentido, traga-se à colação esclarecedora decisão prolatada no RE 105.137/RS (DJ de 20 de setembro de 1985), da lavra do Ministro Cordeiro Guerra, em que a Segunda Turma, firmando precedente⁷ nessa egrégia Corte Suprema, asseverou a inexistência de direito adquirido a índice de correção monetária, em face de posterior alteração normativa do padrão monetário. Nesse particular, vale examinar a ementa do precitado acórdão, seguida de elucidativa passagem do voto vencedor:

EMENTA do RE 105.137/RS:

- A moeda do pagamento das contribuições previdenciárias e dos benefícios da previdência privada tem o seu valor definido pela Lei 6.435/77, segundo os índices das ORTNs, para todas as partes. **Não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito, seja ele o Mil Reis, O Cruzeiro Velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento.** RE conhecido e parcialmente provido. (os destaques não são do original)

Voto do Ministro Cordeiro Guerra:

(...)

Ora, no contrato previdenciário em exame, se estatuiu que os benefícios seriam pagos na escala do maior salário-mínimo vigente. Estabeleceu-se, portanto, uma regra de pagamento, de extinção das obrigações em curso, segundo determinado critério de indexação monetária.

Ocorre, porém, que lei nova, imperativa, de direito público, substituiu esse critério. Não há como negar-lhe a incidência sobre as situações jurídicas em curso. Trata-se de lei que mudou o padrão monetário móvel, dentro da fluidez da inflação; que “descaracterizou o salário-mínimo como fator de correção monetária”, segundo reza a ementa da Lei 6.206. Não há como negar-lhe aplicação imediata. **Não afeta ela direito adquirido, pela simples razão, como acentua ROUBIER, de que inexistente direito adquirido a padrão monetário, a estatuto legal da moeda, matéria da competência exclusiva do Estado.** Se, acaso, esse poder não se exerceu durante determinado período, no qual houve liberdade de convencionar determinada

7/ No mesmo sentido, vale conferir os seguintes julgados: RE 106.748/RS, RE 105.015/RS, RE 109.257/RS, RE 105.322/RS, RE 105.137/RS ED, RE 110.321/RS, RE 107.512/RS, RE 110.319/RS, RE 110.930/RS, RE 111.543/RS, RE 111.556/RS, RE 111.590/RS, RE 113.289/RS, RE 112.042/RS, RE 113.922/RS, RE 114.103/RS, RE 113.923/RS, RE 113.921/RS, RE 106.132/RS, RE 114.269/RS, RE 114.300/RS, RE 114.377/RS, RE 113.859/RS, RE 111.544/RS e RE 113.707/RS.

indexação, isso não significa que, manifestado o poder regulamentar nessa área, possam manter as convenções anteriores, contra legem, simplesmente toleradas em face de lacuna legislativa, mas abolidas quando o Estado preencheu o vazio legal.

Mesmo que se admita houvesse leis autorizadoras do salário-mínimo como padrão corretivo da moeda, claro está que a lei nova que altera esse padrão deve ser cumprida de imediato. Simplesmente porque não há direito adquirido a padrão monetário. Se novamente o Governo mudar o índice, não haverá também direito adquirido em relação aos contratos celebrados na base da ORTN, se a lei nova os não ressalvar. (os destaques não são do original).

26. Ademais, ressalte-se, hodiernamente, o entendimento veiculado pela egrégia Corte Constitucional no RE 141.190-2/SP (DJ de 25 de maio de 2006), que, prestigiando a jurisprudência há muito assentada no âmbito do Tribunal, pontuou que inexistente direito adquirido a regra contratual alcançada por alteração legislativa de padrão monetário ou de novel critério de conversão da moeda. Mais relevante, no referido julgado, é a veiculação expressa, no Voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, de que a ocorrência de distúrbios econômicos relevantes, tal como se dá com a instauração de um processo inflacionário inercial, consubstancia-se em evento justificador da atuação estatal de intervenção nas avenças privadas, para efeito de restauração do equilíbrio desfeito, não havendo que se alegar, nesse sentido, qualquer vulneração da cláusula constitucional de proteção ao direito adquirido. Confira-se:

É verdade que a extensão da garantia constitucional da propriedade a esses valores patrimoniais não há de ser vista como uma panacéia. A garantia defendida não torna o padrão monetário imune às vicissitudes da vida econômica, sendo evidente, entretanto, que a própria natureza institucional da garantia outorgada legitima o legislador a intervir na ordem monetária, com vistas ao retorno a uma situação de equilíbrio econômico-financeiro. (cfr. A reforma monetária de 1990 – Problemática jurídica da chamada “retenção dos ativos financeiros” – Lei nº 8.024, de 12/04/1990, *in Revista de Informação Legislativa*, a. 28, n. 112, out/dez, 1991, p. 270).

Assim, a extensão da garantia constitucional da propriedade aos valores patrimoniais expressos em dinheiro e nos créditos em dinheiro não lhes outorga uma imunidade contra eventuais alterações da política econômi-

ca. **A configuração de um quadro de desordem econômica não apenas legitima, como também impõe que sejam tomadas medidas destinadas a restabelecer o equilíbrio econômico, de modo que eventuais providências de conteúdo conformativo-restritivo por parte do legislador poderão afetar algumas posições patrimoniais sem que o atingido possa invocar qualquer pretensão indenizatória.** Nesse âmbito, é a própria natureza da garantia constitucional do direito que possibilita e autoriza a redefinição do conteúdo do direito ou a imposição de limitações a seu exercício. (A reforma monetária de 1990 – Problemática jurídica da chamada “retenção dos ativos financeiros” – Lei nº 8.024, de 12/04/1990, *in Revista de Informação Legislativa*, a. 28, n. 112, out/dez, 1991, p. 272-273). (os destaques não são do original)

27. Acentue-se, por derradeiro, que a tese do direito adquirido a índice de correção monetária também não encontrou guarida no colendo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, advirta-se sobre a prolação de *decisum* da Primeira Turma daquele Tribunal (REsp 663.781-RJ), DJ de 25 de abril de 2005, em que se consagra a legitimidade do art. 38 da Lei 8.880, de 1994, nos termos da ementa e dos excertos de voto transcritos logo a seguir:

EMENTA do REsp 663.781-RJ:

DIREITO ECONÔMICO. MANDADO DE SEGURANÇA. TÍTULOS PÚBLICOS. NOTAS DO TESOURO NACIONAL. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PLANO REAL. APLICAÇÃO DA LEI 8.880/94. NORMA DE ORDEM PÚBLICA.

(...)

2. A Lei 8.880/94 alterou o sistema de padrão monetário do País e o critério de cálculo dos índices de correção monetária, tomando como parâmetro a variação dos preços em Real (art. 38). Nesse contexto, o Governo passou a adotar o IGP-2, e não o IGPM, na atualização dos títulos que seriam resgatados a partir de julho de 1994.

3. O princípio da obrigatoriedade dos cumprimentos dos contratos – *pacta sunt servanda* – não pode ser levantado em face de uma norma de ordem pública, não havendo razão para que uma avença de natureza eminentemente privada se sobreponha ao interesse público.

4. As leis de natureza reguladora do mercado financeiro são de ordem pública, podendo alterar os índices de correção monetária e aplicá-los imediatamente para atualizar os valores dos títulos públicos em circulação no mercado.

5. Recurso especial improvido.

Ratificação do Voto do Ministro José Delgado:

(...) A correção monetária não é estática, é dinâmica, tanto varia para cima como para baixo... Hoje o índice é um, amanhã é outro. O índice varia de acordo com o tempo, a política cambial, a política interna, a política de preços e a política de mercado. Há uma instabilidade muito forte nos índices da economia brasileira.

Então não pode haver direito adquirido, que é uma consolidação no patrimônio de algo materializado. Ninguém pode considerar incorporado ao patrimônio o que ainda não se realizou, algo para o futuro.

Voto do Ministro Teori Albino Zavascki:

(...) Em suma: não há direito adquirido à manutenção do regime legal sobre índices de correção monetária. Tal regime, que decorre de lei, mesmo quando incorporado a contrato, fica sujeito a alteração a qualquer tempo, por ato legislativo, que, embora deva respeitar o direito adquirido (= observância do critério da lei antiga em relação à correção monetária pelo tempo já decorrido), tem aplicação imediata, para alcançar fatos presentes e futuros (= correção monetária relativa ao período a decorrer).

5. No caso em exame, embora a aquisição das Notas do Tesouro Nacional pela impetrante tenha decorrido de um ato de vontade seu, isso não significa que tenha direito à manutenção, para o futuro, de regime monetário vigente à época da aquisição. E o art. 38 da Lei 8.880/94, embora tenha alcançado as situações jurídicas em curso, certamente não operou retroativamente.

28. Portanto, no presente caso, em que se debate a viabilidade da execução de regra intrinsecamente ligada à alteração do padrão monetário (art. 38 da Lei 8.880, de 1994) – a correta metodologia de cálculo do índice de inflação para contratos alcançados pela modificação da moeda –, não há de sobrepair dúvida quanto à inequívoca necessidade de aplicação da jurisprudência *ut supra* relatada. Com efeito, diante dessa análise, forçoso se faz convir: a hipótese ora em debate ajusta-se perfeitamente aos precedentes aqui trazidos à colação, razão por que se deve postular pela constitucionalidade do preceptivo em apreço.

IV – A Possibilidade de Intervenção no Ato Jurídico Perfeito – A Incidência da Teoria da Imprevisão

29. Superada a análise do litígio sob a perspectiva do direito adquirido, investigue-se, nesse passo, a questão inflacionária partindo da hipótese de ser o índice de correção monetária protegido pela cláusula constitucional de intangibilidade do ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), à vista de o indexador ter sido definido por ajuste contratual consumado segundo a lei vigente ao tempo da celebração da avença. Nesse particular, registre-se, por necessário, que, ao tratar de leis que afetam contratos privados já celebrados, o Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência atestando a impossibilidade de retroação dos preceitos legais – ainda que estes se restrinjam a incidir sobre os efeitos futuros da avença (retroatividade mínima). A Corte Constitucional determinou que, em casos desse jaez, a aplicação imediata da lei nova afetaria a própria causa, que é um ato ocorrido no passado, razão por que restaria malferida a garantia da inviolabilidade do ato jurídico perfeito, mesmo que o ato normativo veiculasse matéria de ordem pública.⁸

30. Em face do exposto, há de se supor que, em princípio, o Supremo Tribunal Federal, premido por uma incongruência jurisprudencial aparentemente inconciliável, enfrentaria sérias dificuldades para deslindar os conflitos jurídicos referentes a expurgos inflacionários, já que, de um lado, a Corte afasta a possibilidade de acolhimento da alegação de existência de direito adquirido a indexador pactuado; de outro lado, preceitua a inviabilidade de que leis novas, mesmo que de ordem pública (estabilização monetária), alterem contratos em pleno andamento, sob pena de desrespeito à cláusula constitucional de inviolabilidade a ato jurídico perfeito.

31. Perceba-se, à luz da jurisprudência do STF, que, se a matéria fosse debatida sob o enfoque de um suposto direito adquirido ao indexador pactuado,

8/ Nesse sentido, confirmam-se as lições expendidas no voto do Ministro Moreira Alves na ADIn nº 493-DF, notadamente no excerto em que o julgador, citando Roubier, rechaça a tese, consoante os termos a seguir, de que leis de ordem pública podem excepcionar a garantia constitucional de intangibilidade do ato jurídico perfeito: “a idéia de ordem pública não pode ser posta em oposição ao princípio da não-retroatividade da lei, pelo motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada na lei, a não retroatividade é ela mesma uma das colunas de ordem pública... A lei retroativa é, em princípio, contrária a ordem pública: e, se excepcionalmente o legislador pode comunicar a uma lei a retroatividade, não conviria imaginar que, com isso, ela fortalecesse a ordem pública; ao contrário, é um fermento de anarquia que ela introduz na sociedade, razão por que não deve ser usada a retroatividade senão com a mais extrema reserva.”

chegar-se-ia à conclusão de que é juridicamente factível editar regra de direito que, desconsiderando os efeitos do *carry-over* (resíduos estatísticos), incidisse sobre contratos em curso. De outro lado, se o argumento se cingisse a discutir a contenda pelo prisma da inviolabilidade do ato jurídico perfeito, a solução seria diversa, pois não se poderia considerar juridicamente aceitável a aplicação de uma lei nova sobre avenças estipuladas em realidade normativa do passado.

32. Em todo caso, a contradição foi recentemente dirimida com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 141.190/SP, ocasião em que a teoria da imprevisão foi inserida no debate do litígio inflacionário para servir de elemento mitigador do princípio constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito. À luz dessa teoria, maioria significativa dos Ministros do STF entendeu que a ocorrência de evento extraordinário pode constituir hipótese justificadora de adequação de cláusula contratual, desde que combinados os seguintes fatores: o incidente deve provocar alteração substancial no estado de fato contemporâneo à formação do contrato; o evento deve, também, acarretar efeitos imprevisíveis, dos quais decorra onerosidade excessiva no cumprimento da obrigação; e, demais disso, a adequação contratual deve ser implementada para o fim de restaurar o equilíbrio econômico desfeito.

33. Acolhida a precedente orientação dogmática e assentada a possibilidade de, ante a ocorrência de incidentes imprevisíveis, corrigir distorções contratuais supervenientes, impõe-se, a essa altura, o dever de investigar se seria a edição do Plano Real um evento imprevisível capaz de atrair a aplicação da teoria da imprevisão, de molde a justificar a necessidade de equalização dos contratos financeiros, mediante a incidência do índice IGP-2, em julho e agosto de 1994, tal como fez o legislador, com a edição da Lei nº 8.880, de 1994.

34. Nesse particular, pontue-se, à guisa de esclarecimento, que, num processo inflacionário inercial, deve-se considerar a queda brusca da inflação como evento apto a produzir importante desajuste no arranjo financeiro celebrado no contrato, configurando, portanto, fato superveniente, por excelência, a dar ensejo à preterição da cláusula de inviolabilidade do ato jurídico perfeito.

35. O plano de estabilização econômica, por sua vez, é simplesmente um ato normativo estatal, de molde que, quando muito, atua como o *factum principis* que, uma vez assentado sobre bases econômicas escorregitas, viabiliza a estabilização monetária colimada pelo choque heterodoxo.

36. Diante desse quadro, o Supremo Tribunal Federal tem respaldado a atuação legislativa que, antecipando-se à intervenção jurisdicional, cria regras de direito (*factum principis*) voltadas a equacionar desequilíbrios financeiros contratuais, causados por evento extraordinário superveniente, que alteram as bases objetivas sobre as quais a avença estava assentada. Nesse sentido, confira-se, por oportuno, esclarecedor fragmento do voto do Ministro Maurício Corrêa, no julgamento do RE nº 141.190/SP, transcrito a seguir:

Assim, Senhor Presidente, malgrado tenha se concretizado, no caso, o ato jurídico perfeito, tenho que esta garantia constitucional deve ser compatibilizada com a **teoria da imprevisão**, para restabelecer o equilíbrio das partes no contrato.

Considerado que os contratos sem cláusula de correção monetária e os com cláusula de correção monetária pré-fixada traziam embutida a expectativa da inflação, não tenho dúvida alguma de que a garantia do ato jurídico perfeito deve ser observada em toda a sua extensão **até a data do *factum principis***, levando-se em conta o valor previsto no contrato até esta data *pro rata temporis*, ficando, assim, assegurada até este momento a garantia do ato jurídico perfeito; a partir desta data é que deve ser aplicada a teoria da imprevisão, deflacionando-se o **rendimento** do remanescente, ficando preservada, desta forma, a integridade do capital inicial.

(STF, RE nº 141.190/SP, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ de 26 de maio de 2006)

37. A aplicação da teoria da imprevisão, em casos que tais, convenha-se, serviu como engenhosa solução jurídica apta a demonstrar a inexistência de conflito jurisprudencial no âmbito da Corte Suprema. O Tribunal Constitucional, partindo das escorregitas premissas de que o Plano Econômico provoca queda brusca da inflação e, demais disso, de que o contrato financeiro é economicamente harmônico em sua origem, afirma que é juridicamente válida a regra legal que desconsidera os efeitos do *carry-over* (resíduos estatísticos), razão por que se entremostra imprescindível, nessa circunstância, conformar o real sentido da garantia constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito ao contexto factual dominante. Nesse ambiente, surge o art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, aplicável ao caso vertente como medida indispensável ao restabelecimento do equilíbrio financeiro dos contratos de que trata o art. 16 do referido diploma legal.

V – A Impossibilidade de Aplicação do IGP-M de Ação Prolongada (“Cruzeirizado”) aos Contratos Financeiros – o Enriquecimentos sem Causa do Credor

38. Em contextos de elevado processo inflacionário, a correção monetária exsurge como importante instituto jurídico destinado a promover a recomposição do poder de compra da moeda, especialmente desgastado quando o contrato é de execução diferida. À vista dessa premissa, é certo que o referido mecanismo não se destina ao enriquecimento do credor⁹, notadamente quando se sabe que o papel remuneratório nos negócios financeiros é destinado aos juros, estes, sim, funcionando como preço do capital negociado. Os juros, ao contrário do que acontece com a correção monetária, adentram no campo da autonomia da vontade, ainda que esta seja, em grande parte dos casos, limitada pelo ordenamento jurídico vigente.

39. Com efeito, pois, sendo a correção monetária um fenômeno econômico natural e destinado à recomposição do poder de compra da moeda, ela não pode configurar um direito passível de incorporação ao patrimônio individual de qualquer das partes. Em outras palavras, não há direito adquirido à correção monetária por este ou aquele índice, por esta ou aquela parte, se a realidade econômica demonstra sua inaptidão para representar a corrosão da moeda corrente.

40. A pretensão de se aplicar, nos meses de julho e agosto de 1994, o chamado IGP-M “cruzeirizado” aos contratos financeiros alcançados pela edição do “Plano Real”¹⁰ consubstancia estratégia desbordante dos preceitos do ordenamento jurídico pátrio,¹¹ já que significaria, *in casu*, inequívoco enriquecimento sem causa do credor. Com a implantação do chamado Plano Real – que teve como principal objetivo o alcance da estabilidade financeira com o fim do ciclo inflacionário –, a inflação deveria ser apurada com base nos preços fixados em moeda corrente, e não em padrão monetário que já havia sido proscrito, o Cruzeiro Real. Aliás, com arrimo nesse fundamento, a própria Fundação Getúlio

9/ STJ-2ª Turma, REsp 661.372/CE, relator Ministro Castro Meira, unânime, DJ de 16 de novembro de 2004, p. 261.

10/ Demonstrou-se, no tópico segundo desta petição, que índice IGP-M de ação prolongada (“cruzeirizado”), por ser calculado de modo meramente presuntivo, fazendo medições referidas em moeda inexistente (Cruzeiro Real no meses de julho e agosto de 1994), é incapaz de refletir a verdadeira inflação registrada nos meses considerados.

11/ Adotando orientação similar em julgamento envolvendo atualização de crédito tributário, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou: “Está pacificado nesta Corte o entendimento de que é inaplicável o IGP-M nos meses de julho e agosto de 1994, devendo ser utilizada, no período, a UFIR” (1ª Turma, REsp 703.402/RJ, rel. Min. Teori Albino, unânime, DJ 7/3/2005, p. 176).

Vargas admitiu a impropriedade da existência de dois índices e passou a divulgar o IGP-M vinculado às flutuações de preços estabelecidos em Reais, apenas.

41. Desse modo, somente o IGP-2 – o qual, depois, seria chamado de IGP-M (em Real), com a extinção de seu homônimo calculado com base no Cruzeiro Real – pode ser aplicado na correção monetária dos contratos bancários nos meses de julho e agosto de 1994. A partir do comando contido no art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, a lei teve o inequívoco propósito de afastar a interferência de mecanismos de cálculos inflacionários inadequados,¹² antevendo que os erros de medição levariam a um índice artificialmente majorado e alheio à realidade, capaz, isto sim, de provocar forte desequilíbrio financeiro nos contratos de que trata o art. 16 da multicitada lei.

42. A comparação dos índices IGP-2 e IGP-M – este dito de ação prolongada (“cruzeirizado”) – evidencia a equivocidade de se compararem padrões de valor diferentes, mediante critérios de cálculo absolutamente arbitrários. Com efeito, enquanto toda a sociedade percebia, nos meses de julho e agosto de 1994, a prevalência de inflação em Real num patamar sabidamente reduzido – efeito, é bem de ver, precisamente captado pelo índice IGP-2 –, o IGP-M “cruzeirizado”, de forma diversa, apontava taxas destoantes da realidade observada, **servindo apenas para especular o quanto seria a inflação em “Cruzeiros Reais”, acaso aquela unidade monetária ainda existisse, e para estimular a ganância de alguns atores do mercado.**

43. Apenas para se ter uma idéia, vale examinar as taxas inflacionárias registradas pelos dois índices referidos. O índice IGP-M “cruzeirizado”, calculado com base em moeda que já havia sido proscrita, alcançou, no mês de julho de 1994, o patamar de 40%, enquanto o IGP-2, obtido nos termos do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, com base nos preços em Real, limitou-se a 4,33%. **Se a moeda vigente já era o Real, a única conclusão possível é a de que apenas o índice calculado com base na mesma moeda tem o condão de espelhar, com fidelidade, a inflação ocorrida no período.**

12/ Essa interferência advém dos chamados resíduos estatísticos, que “ocorrem na transição da alta para a baixa inflação, devido à metodologia peculiar (‘média contra média’) utilizada no cálculo da maioria dos índices de preços brasileiros. O termo ‘inflação residual’ também tem sido utilizado para descrever situações onde os índices de inflação mais comuns são positivos logo após o lançamento de planos de estabilização que lograram reduzir drasticamente a inflação nas semanas que se seguiram”.

44. Reconheça-se, por conseguinte, que a consagração de entendimento diverso teria o indesejável consectário de produzir, em todos os contratos financeiros, o enriquecimento sem causa do credor, fenômeno historicamente repudiado pelos princípios informadores do direito e pela jurisprudência e, atualmente, vedado por expressa dicção legal (arts. 884 a 886 da Lei nº 10.406, de 2002, Código Civil).

VI – O Pedido

45. Em face de todo o exposto, demonstrada a constitucionalidade do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, o Banco Central espera que se dê provimento a esta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para o fim de assegurar os efeitos emergentes da aplicação do preceptivo legal em apreço, preservando-se a aplicação imediata do indexador IGP-2, a partir de 1º julho de 1994, aos contratos financeiros relacionados às operações de que trata o art. 16 da Lei nº 8.880, de 1994, porquanto se trata de índice que expressa corretamente a inflação em Real para os meses de julho e agosto de 1994.

É como deve ser aplicado o Direito.

Brasília, 15 de dezembro de 2006.

Francisco José de Siqueira
Procurador-Geral do Banco Central

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral do Banco Central

Jáder Amaral Brillhante
Procurador-Chefe do Banco Central no Estado do Ceará

Normas para publicação de artigos na Revista da PGBC

1. Os trabalhos deverão ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista da PGBC, para o endereço revista.pgbc@bcb.gov.br, em arquivo eletrônico no formato Word ou RTE, observados os seguintes parâmetros:

Configuração de página

- a) margens: superior – 3cm; inferior – 2cm; esquerda – 3cm; direita – 2cm;
- b) tamanho do papel: A4 (210 x 297mm);
- c) numeração: a partir da segunda página, na margem superior direita.

Fonte

- a) fonte: *Times New Roman*;
- b) estilo: normal;
- c) tamanho: 12;
- d) cor: preto;
- e) espaçamento: normal;
- f) posição de caracteres: normal.

Parágrafo

- a) alinhamento: justificado;
- b) espaçamento entre linhas: simples;
- c) recuo: 1,5cm da margem esquerda.

Elementos pré-textuais

- a) **Resumo**: em português e língua estrangeira, redigido com frases completas, em apenas um parágrafo, com entrelinhamento menor e sem recuo de parágrafo (entre 100 e 250 palavras);
- b) **Palavras-chaves**: de 4 a 6 palavras, em português e língua estrangeira, representativas dos assuntos versados no trabalho a ser publicado;
- c) **Sumário**: com espaço de um parágrafo abaixo do nome do autor, do qual deverão constar os itens e subitens com até dois níveis, com reentrada de 6cm da margem esquerda, fonte em tamanho 10, em *itálico*, como no exemplo abaixo:
1. Introdução. 2. Responsabilidade Civil Ambiental: 2.1. Normas Clássicas; 2.2. Inovações. 3. Jurisprudência. 4. Conclusão.

Texto

- a) de dez a vinte páginas, admitidas variações a critério do Conselho Editorial;
- b) **Título:** em letras maiúsculas; fonte em tamanho 12; estilo negrito; alinhamento centralizado;
- c) **Subtítulo:** iniciado em letras maiúsculas; fonte em tamanho 12; estilo negrito; alinhamento justificado; sem espaçamento entre os parágrafos;
- d) **Nome do autor:** alinhamento à direita; com espaçamento de um parágrafo abaixo do título; fonte em tamanho 10; estilo negrito; acrescentar o símbolo asterisco (*) após o nome, indicando, no rodapé, a principal atividade exercida, a situação acadêmica e outros títulos pertinentes;
- e) **Citações:** até três linhas – no corpo do texto, entre aspas; fonte em tamanho 12; estilo normal (não *itálico*). Mais de três linhas – recuo de 4cm da margem esquerda, mantendo a exigência de 1,5cm para início do parágrafo na citação, sem aspas; fonte em tamanho 10; estilo normal (não *itálico*). No rodapé – fonte em tamanho 10; entre aspas; estilo normal (não *itálico*).
- f) Destaque: uso de *itálico*, quando incluído no corpo do texto.

Referências

De acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT), constando: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras maiúscula e minúsculas; ponto; título da obra em negrito; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois-pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

2. Os autores dos trabalhos publicados na Revista da PGBC não farão jus, em razão dela, à percepção de direito autoral ou a remuneração de qualquer natureza.
3. Os trabalhos que não atenderem as normas de publicação serão devolvidos, podendo ser novamente encaminhados pelos autores, depois de efetuadas as adaptações necessárias no prazo estabelecido.