

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 687
Tel. — (011) 607-2433 Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 — São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Livreiro

DOCTRINA

- O regime jurídico da comunhão de debenturistas e as condições de validade e oponibilidade das deliberações assembleares — Arnoldo Wald 5
- Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro — Luís Fernando Schuartz 13
- Sociedade por quotas — Quotas preferenciais — José Alexandre Tavares Guerreiro 28
- A regulamentação do art. 192 da Constituição Federal. A independência do futuro Banco Central do Brasil — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 35
- Incorporação de companhia controlada — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 87

ATUALIDADES

- Da evolução legislativa e jurisprudencial do direito brasileiro em matéria de sigilo bancário — Arnoldo Wald 97
- O sistema judiciário japonês — Luiz Felizardo Barroso e Aloysio de Moraes 103
- O direito do consumidor e os contratos financeiros — Waldírio Bulgarelli 126

JURISPRUDÊNCIA

- Duplicata não aceita — Execução — Protesto — Maria do Céu Marques Rosado 130

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ALOYSIO DE MORAES

Advogado e Tradutor Público Juramentado-RJ

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Professor Assistente e Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo e Brasília

LUÍS FERNANDO SCHUARTZ

Advogado; Mestre em Direito pela Universidade de Frankfurt e Monitor da Cadeira de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

LUIZ FELIZARDO BARROSO

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFRJ

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

MARIA DO CÉU MARQUES ROSADO

Advogada em São Paulo

WALDÍRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tullio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito

O REGIME JURÍDICO DA COMUNHÃO DE DEBENTURISTAS E AS CONDIÇÕES DE VALIDADE E Oponibilidade DAS DELIBERAÇÕES ASSEMBLEARES

ARNOLDO WALD

I — Dos poderes da Assembléia no tocante aos direitos dos debenturistas — 1. Considerações gerais — 2. Direitos essenciais dos debenturistas — 3. Do abuso de direito e da má-fé — 4. A sistemática do revogado Dec.-lei 781/38 — 5. As experiências estrangeiras.

I — DOS PODERES DA ASSEMBLÉIA NO TOCANTE AOS DIREITOS DOS DEBENTURISTAS

1. Considerações gerais

Os direitos dos acionistas são classificados, pela doutrina, entre direitos individuais e direitos sociais, ou como preferem alguns, direitos essenciais e direitos não essenciais, distinguindo-se uns dos outros pela sua origem ou pela sua natureza de ordem pública ou, ao contrário, permissiva.

Ripert, analisando os direitos individuais dos acionistas, leciona que: “A comparação da sociedade a um estado de constituição democrática permite atribuir outro fundamento aos direitos do acionista; assim como existem direitos do homem e do cidadão que o poder público deve respeitar, o acionista tem direitos individuais que o poder constituído da sociedade não pode suprimir ou afetar. Para Ripert, é necessário atribuir a esses direitos individuais do acionista caráter político no sentido amplo do termo. A criação da sociedade anônima é obra do Estado. *Essa criação não deve ter por efeito permitir a violação de direitos que o acionista tem em virtude*

do jogo regular das regras jurídicas. Os órgãos da sociedade não têm poder soberano. O acionista, que defender seu direito, concorre à limitação desse poder e mantém a construção jurídica em sua regularidade” (grifos nossos). (Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, 1951, p. 439).

A esses direitos essenciais ou individuais, também chamados de intangíveis, a lei confere especial proteção: nem o estatuto, nem a Assembléia-Geral pode suprimi-los, de acordo com o art. 109 da LSA que assim dispõe: “Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia geral poderão privar o acionista dos direitos de: I — participar dos lucros sociais; II — participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; III — fiscalizar, na forma prevista pela Lei, a gestão dos negócios sociais; IV — preferência para subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos arts. 171 e 172; V — retirar-se da Sociedade nos casos previstos nesta Lei”.

Esse preceito decorre da própria origem da sociedade: o acionista, quando decide associar-se contratualmente, abre mão de uma parcela do seu patrimônio

que passa a integrar o patrimônio da sociedade, nascendo daí, para alguns doutrinadores, entre estes Fran Martins (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Forense, 1978, t. I, 2/33), um direito do acionista contra a sociedade, direito esse representado pelas ações que passam a integrar o patrimônio do acionista em substituição àquela parcela de que ele se desapropriou quanto ingressou na sociedade.

Por isso, os direitos individuais são definidos por Messineo (*Manual di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, Giuffrè, v. 4/484) como direitos substanciais à qualidade de sócio, de forma que, sem eles o sócio não haveria ingressado na sociedade, não teria investido uma parcela do seu patrimônio em determinada empresa.

Esses direitos estão elencados no supracitado art. 109, e quanto a eles a Assembléia-Geral não tem poderes.

Na exposição de motivos da Lei das Sociedades Anônimas, em sua Seção IV, está determinado que “o regime da forma, propriedade, circulação e dos ônus constituídos sobre as debêntures é o mesmo das ações”. E o § 2.º, do art. 71, estabelece que “aplica-se à assembléia de debenturistas, no que couber, o disposto nesta Lei às assembléias gerais”.

Também no direito estrangeiro a assembléia de debenturistas é, para todos os efeitos, equiparada à assembléia de acionistas:

Na França, a Lei 537/66 estabelece a criação de uma “sociedade” entre os debenturistas: “Art. 293. Les porteurs d'obligations d'une même émission sont groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts communs, en une masse que jouit de la personnalité civile”.

Na Suíça, o Código das Obrigações impõe a criação da comunidade em empréstimos de maior vulto: “Art. 1.157. Lorsque les obligations d'un emprunt pour lequel des conditions uniformes

ont été adoptées sont émises, directement ou indirectement, à la suite d'une souscription publique, par un débiteur ayant en Suisse son domicile ou un établissement industriel ou commercial, les créanciers constituent de plein droit, entre eux, une communauté si l'emprunt est d'au moins cent mille francs ou si les titres sont émis au nombre de cent au moins. Dans le emprunts qui sont de moins de cent mille francs et, en outre, ne comportent pas cent titres au moins, la communauté peut être constituée par les conditions de l'emprunt ou par une convention passée entre tous les créanciers. Lorsque plusieurs emprunts sont émis, les créanciers de chacun d'eux forment une communauté distincte”.

Na Itália, o art. 2.415 do CC, além de prever a Constituição de Assembléia de Debenturistas determina que a ela se aplicam as disposições sobre assembléia extraordinária de acionista: “Si applicano all'assemblea degli obbligazionisti la disposizioni relative all'assemblea straordinaria dei soci”.

Conclui-se daí que às assembléias de debenturistas se aplicam as mesmas restrições impostas às assembléias de acionistas, que não podem, por maioria, alterar os direitos essenciais dos acionistas ou debenturistas.

Resta analisarmos quais seriam os direitos essenciais dos debenturistas.

2. Direitos essenciais dos debenturistas

A emissão de debêntures constitui uma operação de mútuo, sendo as debêntures título de crédito formal representativo de uma parte do empréstimo contraído pela sociedade emissora.

A natureza jurídica da operação foi, sempre, definida como mútuo nos textos legais que regulamentaram a matéria, na seguinte sequência:

Dec. 177-A, de 15.9.1893: “Art. 1.º. As companhias ou sociedades anônimas poderão emitir empréstimos em obriga-

ções ao portador (debêntures) de conformidade com o disposto nesta Lei”.

Dec.-lei 781, de 12.10.38: “Art. 1.º. Os empréstimos por obrigações ao portador (debêntures) contraídos pelas sociedades anônimas ou em comandita por ações, ou pelas autorizadas por lei especial, ...”.

Lei das Sociedades Anônimas vigente (Lei 6.404): “Art. 52. A companhia poderá emitir debêntures que conferirão aos seus titulares direitos de crédito contra ela, nas condições constantes da escritura de emissão e do certificado”.

No mesmo sentido a doutrina pátria que, em peso, consagra o entendimento manifestado por Carvalho de Mendonça, nos seguintes termos: “Essa operação, a que recorrem as sociedades anônimas, é como dissemos um empréstimo” é o contracto de mútuo, que se distingue do simples mútuo, definido no art. 247 do CCom., pela divisão da quantia mutuada em fracções, expressas por títulos ao portador, títulos de crédito negociáveis, e pelo processo especial da amortização, isto é, do reembolso gradual do capital da dívida por parcelas mínimas em regra durante longo prazo. Convém, porém, dizer que este segundo característico pode falhar, ainda que raramente. Uma das condições do empréstimo pode ser o pagamento ou resgate de toda a quantia mutuada em dia ou prazo certo.

A sociedade, em vez de contratar o empréstimo com uma só pessoa, o contrai com diversas, prevalecendo relativamente a todos esses mutuantes ou prestamistas as mesmas cláusulas e condições de reembolso e garantia. No caso de desastre ou liquidação da sociedade, eles se organizam em massa especial, que se coloca na primeira linha da classificação dos credores, figurando interesse, na ordem da inscrição dos respectivos empréstimos, *pari passu*, sem preferência ou prioridade. A igualdade rigorosa entre os mutuantes é da essência desse empréstimo, visto que este é

um só embora aqueles sejam muitos. Sim, único é o mútuo, porque é única a operação que a sociedade realiza, única a manifestação da sua vontade, único o meio pelo qual a efectiva, únicas e incindíveis sua modalidade e garantia. A sociedade, dividindo em fracções a quantia que deseja tomar por empréstimo, não dá vida a outros tantos mútuos; mas, reconhece simplesmente em cada subscritor ou portador dos títulos representativos dessas fracções um direito singular de crédito para com ela na proporção do *quantum* com que concorre para o mútuo formado pela adesão coletiva de todos” (*Tratado*, 4/88, n. 1.254).

No mesmo passo seguem lições do exterior, aqui representadas pelas opiniões de Cesare Vivante e Georges Ripert, respectivamente: “Le obbligazione sono titoli uniformi, che rappresentando altrettanto frazioni uguali ed indipendenti di un unico prestito contratto della società emittente”. “Les obligations sont des titres négociables, émis pour une société qui emprunte un capital important généralement à long terme, et divise sa dette en un grand nombre de coupures”.

Vê-se, pois, que a debênture é título representativo de um crédito, que, assim como no caso de subscrição de ações, passa a integrar o patrimônio do seu titular (o crédito), em substituição à quantia mutuada, classificando-se, no plano jurídico como direito patrimonial ou pessoal. Para Lacerda de Almeida (*Obrigações*, p. 7, RT, 1916), “ao direito pessoal corresponde a obrigação”, que é, segundo definição clássica, o vínculo jurídico pelo qual alguém está obrigado a dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

São os seguintes os elementos essenciais da obrigação: o sujeito a quem é devida a prestação (credor), o sujeito obrigado a satisfazê-la (devedor), o ato ou prestação a que está obrigado o devedor (objeto) e o poder de coação

da parte do credor sobre o devedor (vínculo).

Waldemar Ferreira (*Tratado de Direito Comercial*, IX/335, n. 2.067), relaciona os seguintes Direitos Individuais dos debenturistas: a) o recebimento dos juros; b) o reembolso de seu valor nominal pelo vencimento, antecipado ou normal, do prazo do empréstimo; c) a transferência de sua propriedade; d) a prática de atos conservatórios de direito a ela inerentes ou dela decorrentes; e) ingresso e co-participação nas assembleias gerais dos debenturistas; f) propositura da ação executiva das debêntures vencidas; g) pedido de falência no caso de mora.

Aplicando-se à assembleia de debenturistas as limitações impostas ao poder deliberante das maiorias nas Assembleias Gerais de Acionistas, como determina o § 2.º, art. 71, da LSA, temos que a assembleia de debenturistas não pode, apenas majoritariamente, modificar os elementos essenciais da obrigação, tal como definido acima.

Cumpra observar que é esse o entendimento da CVM que, em Parecer publicado na *Revista da CVM*, 2/31, n. 6, set.-dez. de 1984, sobre a possibilidade de ser o prazo de vencimento das debêntures alterado por decisão majoritária da assembleia de debenturistas, expressamente o negou, sugerindo as seguintes soluções para o caso apresentado, se fosse impossível a deliberação por unanimidade: 1.º. deliberação por maioria dos debenturistas reunidos em assembleia, devendo, nesse caso, a companhia assegurar aos titulares de debêntures que dissentirem o direito de terem seus títulos recomprados pela companhia, pelo valor nominal acrescido de correção monetária e dos juros vencidos; ou 2.º. cisão das séries, decidida por maioria. Nesse caso, os debenturistas que dissentissem da alteração proposta continuariam tendo o mesmo prazo de vencimento, e os debenturistas que decidiram

aumentar o prazo seriam titulares da nova série.

A conclusão é lógica, e decorre do princípio que a todo direito corresponde uma ação que lhe assegura, pois conferir à assembleia de debenturistas poderes amplos e ilimitados importa em retirar do debenturista dissidente a ação que garante o seu direito individual, vez que ele estaria sujeito à decisão majoritária.

Copper Royer (*Traité des Sociétés Anonymes*, I/776), dá a seguinte definição para as ações individuais, que asseguram os direitos pessoais do acionista: "L'action individuelle est celle qui ne peut procurer aucun profit direct à l'être moral et qui, n'ayant point sa cause et son origine dans un fait atteignant indistinctement tous les associés, ne peut procurer un profit qu'à un associé isolé ou qu'à un groupement d'associés, sans que l'avantage abtenu doive inévitablement faire préjuger du droit qu'auraient les autres associés à l'obtention d'un semblable avantage".

Fortunato Azulay, em tese apresentada às Jornadas de Direito Franco-Latino-Americanas em Toulouse, França, explica: "Assim como o direito dos contratos se rege por disposições imperativas e facultativas, no direito do acionista, que alguns autores já consideraram como parte do contrato plurilateral de constituição da sociedade, encontram-se àqueles direitos inderrogáveis (*sonderrechte*) a que já nos referimos e cuja violação pela Administração ou pela Assembleia Geral constituiria ato nulo".

O mesmo autor vai mais adiante, afirmando que mesmo os atos da Assembleia Majoritária que não violem os direitos essenciais ou individuais do acionista, mas que ofendem a igualdade de tratamento dos acionistas, "confiscando direitos das minorias ou agindo contra o interesse comum e social em proveito de terceiros" seriam da mesma forma anuláveis.

Observa que para se limitar os poderes da assembléia é necessário, antes, estabelecer as condições em que tais poderes são absolutos, pois este é o princípio fundamental em que se baseia a existência da sociedade, observando que: "A regra geral de direito comercial, segundo a qual toda sociedade é contratada no interesse comum dos associados, não se admitindo portanto deliberações fraudulentamente lesivas a um em proveito de outros, e os princípios já asentados na lei comum sobre a anulabilidade dos atos jurídicos, bem como o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial da teoria do abuso de direito, tem servido de fundamento objetivo às ações pelas quais o acionista em minoria pode atacar as deliberações soberanas da Assembléia Geral". (Fortunato Azulay, ob. cit. item 51)

Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Dec. 22.431, de 6.2.33, que estabeleceu pela primeira vez entre nós a comunhão de interesses de debenturistas, adotou o mesmo raciocínio, como se vê de suas palavras: "A regulamentação a que ora se submetem os empréstimos por obrigações ao portador, não prejudica os direitos dos obrigacionistas. Trata-se de assegurá-los, protegê-los e ampará-los mediante uma organização que evite o dano eventual resultante da substituição da ação individual à ação coletiva. Ninguém tem o direito de exercer uma ação que redunde em detrimento de quem tem direitos iguais, igualmente dignos de respeito".

Na prática comercial brasileira, têm surgido discussões em relação à Assembléias de Debenturistas da SIDERBRÁS que transformaram Dívida Vencida em Dívida Vincenda, contra expresso voto dissidente de mais de um quarto dos debenturistas, decidindo: I — a renovação do prazo de vencimento e de carência; II — a mudança de indexador e diminuição dos juros.

Vê-se, pois, que houve casos nos quais a maioria decidiu não cobrar a dívida vencida, renovando o prazo do empréstimo com redução dos encargos financeiros, impondo um sacrifício/prejuízo aos dissidentes, discutindo-se a legitimidade dessas decisões.

Dessa forma, ainda que se admita que a matéria tratada pudesse ser de competência da assembléia, não estando incluída entre os direitos essenciais ou individuais dos debenturistas, o que se faz apenas *ad argumentandum*, tais deliberações tomadas não pode obrigar os dissidentes, seja porque: I — a vinculação do dissidente ao acordo firmado importaria em negar-lhe o direito à propriedade, expressamente consagrado na atual Constituição Federal, em seu art. 5.º, inc. XXII, sem que ocorresse a desapropriação na forma prevista no inc. XXIV; e II — a expropriação de parte dos direitos dos debenturistas se realizou sem que houvesse lei neste sentido, infringindo-se o art. 5.º, inc. II, da CF.

3. Do abuso de direito e da má-fé

O abuso de direito se caracteriza pela sua utilização contrária às suas finalidades, pelo uso anti-social do direito, pela existência de emulação e capricho. Como bem esclarece o Projeto de Código Civil, ao equiparar o abuso de direito ao ato ilícito: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". (art. 187)

Na realidade, o projeto aprimora, tão-somente, a redação da norma que já existe no art. 160 do nosso CC, quando este se limita a considerar como ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido, importando em admitir, *a contrario sensu*, a ilicitude do seu exercício irregular ou abusivo.

Explicita-se, assim, o que já era implícito na legislação atual.

Por sua vez, o anteprojeto de Código das Obrigações dos eminentes e saudosos Mins. Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahнемann Guimarães, esclarecia que o exercício do direito se torna abusivo quando ultrapassa “os limites do interesse por ele protegido ou os decorrentes da boa-fé”.

O abuso de direito é hoje punido, na maioria das legislações, sendo considerado como exercício anormal ou indevido do direito especialmente quando persegue um fim ilícito ou imoral.

De acordo com o princípio do abuso de direito, os direitos subjetivos dos particulares devem proteger certos interesses que representam a sua finalidade. Assim sendo, comete um abuso de direito quem os exerce de modo a desviá-los de sua finalidade. Como esclarece a melhor doutrina, o direito do qual se pode abusar constitui uma prerrogativa decorrente de disposições determinadas, uma espécie de direito formal, destacada do conjunto da ordem jurídica. Ora, considerações de justiça material, extraídas dessa ordem podem vir a restringir este direito e reduzi-lo às suas dimensões reais.

Nas relações contratuais, a conduta das partes pressupõe que haja necessariamente a boa-fé, a lealdade e a honestidade de propósitos, conforme bem assinala o CC alemão no seu art. 242, que constitui um verdadeiro princípio geral do direito, aplicável em todos os países, inclusive no Brasil, conforme tem entendido o nosso Supremo Tribunal Federal.

Nas várias legislações e nos projetos mais modernos de códigos, consagra-se, especificamente, o dever das partes de um comportamento honesto, baseado na boa-fé, esclarecendo a doutrina que atualmente “o dever de honestidade constitui uma obrigação específica”.

A boa-fé tem sido definida, no direito pátrio, como sendo um “comportamento

inspirado no senso da probidade, quer no exercício leal e não caviloso dos direitos e das obrigações que deles derivam, quer no modo de fazê-los valer e de observá-los, respeitando em qualquer caso o escopo visado pelo ato jurídico, a harmonia dos interesses das partes e as exigências do bem-comum. (Alípio Silveira, *A boa-fé no Código Civil*, Ed. Universitária de Direito, 1973, 2/8).

O Anteprojeto Brasileiro de Código Civil integrou essa definição ao determinar em seu art. 18 que: “Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé”.

Não podem assim, de acordo com os princípios da boa-fé acima aludidos, votar na Assembléia, os debenturistas controlados ou vinculados ao devedor que se equiparam à própria sociedade emissora dos mesmos, que também está impedida de votar, como, aliás, já mencionava o saudoso Waldemar Ferreira, que excluía do cômputo de votos as debêntures de qualquer forma detidas pela mencionada sociedade (*Traçado de Direito Comercial*, 9/351).

4. A sistemática do revogado Dec.-lei 781/38

Pela Legislação anterior, quando à Assembléia de Debenturistas não eram invocáveis os princípios que regem as assembleias de acionistas, a lei concedeu à assembleia de debenturistas amplos poderes, exigindo, entretanto, *quorum* qualificado e homologação judicial precedida de manifestação do MP e de um representante dos debenturistas divergentes, para as deliberações que alterassem cláusulas do empréstimo.

Comentando essa questão, Trajano de Miranda Valverde (*Sociedade por Ações*, 1/522) leciona que: “Quis a lei, com o exigir a intervenção judicial, resguardar os direitos dos obrigacionistas em mi-

norria, evitando quanto possível sejam eles sacrificados pelos votantes em maioria, não raro mancomunados com a própria devedora, quando não sejam, na validade, meros prestanomes que obram no interesse exclusivo dela”.

Ademais, o art. 15 daquele diploma legal autorizava, mesmo em caso de homologação judicial, a rescisão do acordo eivado de nulidade, fraude, simulação ou erro.

Vê-se, pois, que nem mesmo sob a égide da legislação anterior — que aparentemente conferia ilimitados poderes à assembléia — a minoria divergente poderia ser sacrificada, pois como bem leciona Waldemar Ferreira, (ob. cit. p. 345), “ninguém pode ser obrigado a renunciar a direito”, ou como assegura a Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

5. As experiências estrangeiras

O Direito Espanhol, a exemplo do que ocorria na antiga sistemática brasileira, confere à assembléia de debenturistas amplos poderes, submetendo-os, todavia, à homologação judicial.

José Ignacio de Arrilaga (*Emission de Obligaciones y Proteccion de Los Obligacionistas*, Madrid, 1952, p. 237), esclarece que: “Las garantías que se dan a los obligacionistas frente a las modificaciones de su derecho por parte de la mayoría, son las condiciones especiales de quorum y la ratificación judicial de los acuerdos, como ya indicamos”.

O Direito Italiano regula a matéria nos arts. 2.410 e ss. do CC, expressamente determinando a aplicação nas assembleias de debenturistas, o disposto naquele código quanto às assembleias extraordinárias de acionistas.

Conforme comentários de Mário Engler Pinto Júnior (*RDM*, 48/25-37), admite-se a soberania da assembleia

para impor modificações às modalidades das debêntures, exigindo, entretanto, consentimento individual de cada debenturista para as modificações relacionadas com a essência do direito representado pelo título, pois: “Si ritiene, in ogni caso, che l'assemblea non potrebbe sopprimere giammai il diritto al rimborso” (D. Pettiti, *I Titoli Obbligazionari Nella Società Per Azioni*, p. 228).

A legislação francesa, por seu turno, distinguiu os direitos coletivos da comunhão dos direitos individuais do debenturista, criando para cada caso, respectivamente, a assembleia ordinária e a extraordinária, exigindo quorum especial e homologação judicial para a segunda.

Excluiu, porém, o legislador francês do poder deliberante da assembleia — de qualquer espécie — as modificações que importem em aumento de encargos para os debenturistas, conforme comentários de Georges Ripert (*Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 1977, I/879), à lei francesa de 1966: “le but principal groupement est de permettre certaines modifications des droits des obligataires par une décision majoritaire. Les obligataires, associés à la vie de la société, doivent, le cas échéant, consentir à la modification de leur situation dans l'intérêt de la société. Les garanties qui leur sont données sont *les conditions spéciales de quorum* prévues par la décision de l'assemblée générale extraordinaire (n. 1.464) et *l'homologation de justice*. ... Il existe deux catégories d'assemblées dont les conditions de réunion sont exactement calquées aujourd'hui sur celles des assemblées d'actionnaires. 1.º L'assemblée ordinaire ne délibère valablement sur première convocation que si les obligataires présents ou représentés possèdent au moins le quart des obligations ayant le droit de vote; sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis. Les décisions sont prises à la majorité des voix

exprimées, compte non tenu des bulletins blancs (arts. 314 et 155). 2.^o. L'assemblée extraordinaire ne délibère valablement que si elle réunit au moins la moitié des obligations ayant le droit de vote sur première convocation, et le quart sur deuxième convocation ou deuxième convocation prorogée. La majorité est des tiers des voix exprimées, compte non tenu des bulletins blancs (arts. 314 et 153). ... Les délibérations de l'assemblée extraordinaire sont soumises à homologation du tribunal de grande instance (art. 316 et D. 1967, art. 230). Cette compétence du tribunal de grande instance est curieuse puisqu'il s'agit de délibérations prises pour assurer la vie d'une société commerciale. Elle a l'avantage de permettre l'intervention du ministère public. L'assemblée peut décider toute modification des droits des obligataires qui n'est pas expressément prévue par l'art 313, pourvu que cette modification ne rentre pas dans l'une des catégories qui sont exceptionnellement interdites (n. 1.457). ... 1.^o. Augmentation des charges des charges des obligataires — *La majorité ne peut pas forcer la minorité à un nouveau sacrifice*, par exemple en lui imposant un versement supplémentaire. Cette mesure doit être rapprochée de l'interdiction qui limite les pouvoirs de l'assemblée générale de la société (n. 1.536)".

Vê-se, pois, que há dois regimes jurídicos no que se refere aos poderes da assembléia de debenturistas: um que a reconhece soberana, como o francês e o espanhol, mas que exige quorum especial e homologação judicial que, como lecionou Miranda Valverde, é a garantia dos debenturistas minoritários; e outro, como o brasileiro atual e o italiano, que exigem unanimidade para alterar direitos essenciais dos debenturistas.

Inadmissível, portanto, pretender-se que a atual Lei das Sociedades Anôni-

mas tenha retirado a exigência de homologação judicial para tais acordos e conferidos amplos e ilimitados poderes à assembléia de debenturistas, deixando os minoritários à mercê da maioria, sem qualquer garantia, porque assim fazendo afrontaria o direito natural, pois "anche se i diritti dell'uomo non venivano esplicitamente formulati, si potevano, immediatamente dedurre dall'assoluta validità oggettiva rivendicata ai supremi principi del diritto divino e naturale". (Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlim, in Alberto Mignoli, *Le Assemblée Speciali*, Milão, 1960, p. 167, n. 5).

Como bem esclarece Mário Engler Pinto Júnior na monografia citada: "Para os acionistas da companhia, o princípio majoritário é sempre absoluto, salvo estipulação em contrário. Todavia, como contrapartida, estes estão assegurados pelo direito de recesso, quando houver alterações nas bases essenciais do negócio constitutivo. Se para o obrigacionista vencido em deliberação aprovada por assembléia especial não foi previsto o mesmo direito, torna-se dramaticamente indispensável a imposição de limitações ao poder da maioria".

A decisão por maioria não tem o poder de vincular os debenturistas dissidentes naquilo que se refere aos seus direitos essenciais, garantidos constitucionalmente.

E, finalmente, mesmo que não se considere tais direitos essenciais, a deliberação pode ser judicialmente contestada com fundamento no abuso de direito ou desvio de poder quando ocorre por parte de debenturistas controlados pela empresa emissora das debêntures ou pelo seu controlador.

Assim sendo, concluímos que os debenturistas dissidentes mantêm íntegros os seus direitos contra a devedora, não podendo sofrer restrição dos mesmos por decisão da Assembléia-Geral.

PODER ECONÔMICO E ABUSO DO PODER ECONÔMICO NO DIREITO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO

LUÍS FERNANDO SCHUARTZ

O escopo principal deste trabalho é tentar aportar uma contribuição teórica para a análise dos complexos conceitos jurídicos de poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência. Na verdade, esta afirmação mesma, se bem compreendida, encerra em si dois pressupostos cuja explicitação é importante, vale dizer, de um lado, a natureza conceitual das respectivas expressões e, de outro, o seu caráter complexo. A explicitação do pressuposto referente à natureza conceitual das expressões "poder econômico" e "abuso do poder econômico" é importante na medida em que implica uma certa dose de abstração e generalidade ou, se preferimos, imunização contra a quase inescapável arbitrariedade inerente a uma análise caso a caso; no que diz respeito à complexidade dos conceitos, queremos simplesmente dizer que a correta determinação dos respectivos conteúdos significativos não é tão intuitiva como poderia parecer à primeira vista, sendo necessário, além de prudência, o recurso a saberes e conceitos limítrofes e complementares.

No marco da interpretação e aplicação do direito de defesa da concorrência brasileiro, as noções de poder econômico e abuso do poder econômico despontam, desde a Constituição de 18.9.46, como pano de fundo obrigatório. Com efeito, com uma redação não muito distante do vigente art. 173, § 4.º, da

CF, o art. 148 da CF/46 assentava as bases constitucionais para a organização do saber dogmático relativo ao direito de defesa da concorrência em torno do mandamento da repressão ao abuso do poder econômico. A partir daí, a idéia incorporou-se à tradição jurídica brasileira, passando, com pequenas mas sensíveis modificações, de natureza formal (a repressão ao abuso do poder econômico passou a ser princípio da ordem econômica) e semântica, pela Constituição de 1967/69, vindo a encontrar também seu posto, como já dito, na Constituição atual. Na sistematicidade e historicidade desta, vale ainda dizer, a localização jurídica do problema do abuso do poder econômico aparece como controversa, podendo-se talvez afirmar, com alguma cautela, que a solução deve ser buscada em algum lugar entre o direito penal econômico e o direito administrativo econômico.

A institucionalização da repressão ao abuso do poder econômico como estrela guia das normas de direito de defesa da concorrência supôs, logicamente, um câmbio ideológico no que diz respeito ao modo de valorar politicamente o fenômeno do poder econômico, o qual, enquanto mera condição necessária, mas não suficiente, para a caracterização do abuso, passou a ocupar uma posição de aparente indiferença em face das preocupações axiológicas próprias do direito econômico.

Esta aparência se dissolve ao nos darmos conta de que, em primeiro lugar, embora a estreita relação existente entre poder econômico e abuso do poder econômico não seja, do ponto de vista lógico, biunívoca (o segundo implica o primeiro, mas este não implica o segundo), ela traduz, por assim dizer, uma espécie de imperativo prático-hermenêutico.

O profissional do direito que se confronta, em suas atividades práticas, com o fenômeno do poder econômico não pode parar diante de sua mera constatação, mas se vê forçado a emitir um juízo em relação à existência ou não do abuso. Esta necessidade prática tem causado muita confusão teórica, havendo inclusive quem, baseando-se em uma suposta plasticidade indomável da matéria, repete inútil a busca de quaisquer critérios apriorísticos de demarcação conceitual. Esta última tese não será objeto de discussão aqui, devendo mais bem ser reservada a um debate específico acerca das interessantes relações entre economia e direito. Como dissemos no início do presente trabalho, a natureza conceitual das expressões de cuja análise nos ocuparemos funciona aqui como ponto de partida, e não de chegada.

Em segundo lugar, como veremos a continuação, o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após o advento da Lei 8.158/91, sofreu uma sensível mudança no que se refere ao aproveitamento social do fenômeno do poder econômico, o que, evidentemente, supõe um modo especial de valoração.

II — Na determinação do grau de poder econômico de um dado agente, bem como da suposta abusividade de uma sua determinada prática ou conduta, a dogmática do direito de defesa da concorrência desenvolveu um instrumento teórico de suma importância, o qual está contido na noção de mercado relevante.

A definição abstrata de mercado relevante e sua delimitação precisa em um caso concreto são importantes na medida em que todo poder econômico é, para fins de legislação de defesa da concorrência, poder que se exerce em um mercado de bens ou serviços juridicamente individualizado. O conceito de mercado relevante representa, em outros termos, a juridicização dos conhecimentos econômicos relativos a um dado mercado em suas dimensões de produto, geográfica e temporal. Nesse sentido, a definição de mercado relevante constitui a tarefa prévia de todo aquele disposto a verificar se houve ou há poder econômico e/ou conduta abusiva no sentido das normas de defesa da concorrência.

É importante reter que a noção de mercado relevante é aqui tomada como um instrumento desenvolvido para fins de aplicação de normas jurídicas. A discussão em torno da qualificação de um dado mercado como relevante, portanto, é científico-econômica somente em aparência. Trata-se, na verdade, da busca juridicamente regulada (isto é, dentro do âmbito de um discurso juridicamente admitido) de soluções para a decisão de um conflito que se apresenta como problema concreto. Deste modo, sobre o modo de pensar em princípio aberto e interrogativo do economista incide o pensamento dogmático do jurista com o seu traço mais característico, qual seja, a preocupação com a decidibilidade de conflitos jurídicos.

Tradicionalmente, o conceito de mercado relevante obtém-se por reprodução do conceito prevalecente na dogmática norte-americana, podendo ser sintetizado na fórmula de Hovenkamp, para o qual "a relevant market is the smallest market for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that market could profitably reduce output and increase its price substantially". (*Economics and Federal Antitrust Law*, p. 59, West

Publishing Co., 1985) ou, ainda, na mais ambígua, mas fundamentalmente semelhante, de Sullivan: "A relevant market (...) is the narrowest market which is wide enough so that products from adjacent areas or from other producers in the same area cannot compete on substantial parity with those included in the market". (*Antitrust*, p. 41, West Publishing Co., 1977).

Devemos ter em mente que este conceito está jurisprudencialmente construído sobre a base de uma demanda e de uma oferta não reais, mas potenciais (Cabanellas, *Derecho Antimonopolico y de Defensa de la Competencia*, p. 315, nota 257, Heliasta, 1983). Com efeito, o conceito tradicional de mercado relevante representa, com as particularidades que a seguir examinaremos, um modelo hipotético, uma prognose. Por meio dele procuramos responder como se comportariam os agentes econômicos no caso de estarem presentes determinadas premissas previamente estabelecidas. Assim, não se quer saber se o agente A efetivamente compete com o agente B, mas sim se este último competiria com aquele caso determinados requisitos fossem preenchidos. A noção jurídica de mercado relevante é, deste modo, uma flexibilização da aproximação fotográfica do mercado.

Este elemento de dinamicidade, traduzido analiticamente em termos de dimensão temporal do mercado relevante, não aparece explicitado nas fórmulas de Hovenkamp e Sullivan. A razão desta não explicitação me parece óbvia. Os modelos teóricos apresentados por ambos autores são hipotéticos na medida em que a sua concretização requer um procedimento de aproximações sucessivas, cujo fio condutor se manifesta na formulação de expectativas, no seu posterior teste na experiência, na eventual desilusão destas expectativas, na formulação de novas expectativas, e assim sucessivamente, mas que é filtra-

do, para a determinação mais ou menos segura de limites que possam funcionar como parâmetros jurídicos precisos, pelos mecanismos da dialética processual.

Como veremos, o caráter hipotético inerente ao conceito de mercado relevante, embora aparentemente obscurecido na redação das fórmulas, aparece claramente no momento em que se procede, também de forma tradicional, à distinção dos seus elementos (mais especificamente, na determinação do segundo deles): *product market* e *geographic market*.

O primeiro elemento, ou dimensão, diz respeito, basicamente, às características do produto ou serviço comercializado, ao seu caráter único ou intercambiável, à sua homogeneidade, utilidade etc., as quais determinam, normalmente do ponto de vista do consumidor, os seus respectivos graus de substituíbilidade (Rittner, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, p. 169, C.F. Müller, 1989). A definição do *product market* no qual opera um dado ofertante é, assim, uma tentativa de se determinar todos os produtos substitutivos disponíveis aos demandantes dos produtos do ofertante em questão. Em relação à determinação mais ou menos precisa da dimensão do produto, comenta Gellhorn (*Antitrust Law and Economics*, p. 98, West Publishing Co., 1986) que "if the definition (of product market) is drawn too narrowly and substitutes are excluded, the defendant's ability to affect price and output will be overstated; if nonsubstitutes are included, the defendant's market share (and inferentially its market power) will be understated because some of the included products will have only an insignificant impact on his price-setting powers".

A dimensão geográfica do mercado relevante, por sua vez, foi definida por Hovenkamp como sendo constituída por "some section of the country in which a firm can increase its price without: 1)

large numbers of its customers immediately turning to alternative supply sources outside the area; or 2) producers outside the area quickly flooding the area with substitute products". E o mesmo autor acrescenta: "If neither of these things happen when the firm attempts to charge a supracompetitive price, then the estimated geographic market has been drawn too narrowly and a larger market must be drawn to include these outside suppliers" (Op. cit., p. 70).

Do texto citado pode-se perceber que a noção de *geographic market* implica a observância daquela dimensão responsável pela dinamicidade e hipoteticidade inerente ao conceito de mercado relevante. Esta dimensão é o tempo. Ao tempo não se costuma dar a devida atenção, não obstante a sua importância poder ser facilmente exagerada. Com efeito, se, de um lado, uma redução exagerada da dimensão temporal praticamente neutraliza o conceito de concorrência potencial, de outro, a sua ampliação desmesurada poderia tornar ineficaz a aplicação de qualquer direito de defesa da concorrência (Rittner, op. cit., p. 170). Vale aqui a advertência, ainda que um pouco exagerada, de Keynes: "No final estamos todos mortos".

A relação entre tempo e hipoteticidade na qualificação de um dado mercado como mercado relevante reside no raciocínio segundo o qual quanto maior o período de tempo considerado, maior o mercado relevante, pois maior também a probabilidade de que as duas condições de Hovenkamp em sua definição de mercado geográfico sejam realizadas.

Não obstante, notamos que este autor utiliza dois advérbios de tempo ("immediately" e "quickly") altamente restritivos no que se refere ao aproveitamento do elemento temporal (Sullivan, também restritivamente, utiliza o termo "promptly"). Tal restritividade deve, em razão dos argumentos acima apontados, ser

preterida em favor de um conceito mais elástico, mais facilmente generalizável, que esteja mais próximo das circunstâncias concretas referíveis a cada mercado específico. Uma definição geral não pode optar por noções restritivas, devendo-se, neste caso, recorrer ao critério da razoabilidade. Com base neste, não há que se falar nem em "immediately", nem em "quickly", nem em "promptly", como critérios que devem guiar o intérprete na demarcação de um mercado relevante, mas sim em "reasonable period of time".

A expressão "período razoável de tempo" nos coloca diante de uma zona cinzenta, cujos limites não podem, evidentemente, ser estabelecidos com precisão matemática. Nestes termos, no entanto, a incidência da dimensão temporal sobre as demais dimensões do mercado permite uma construção escalonada de diferentes constelações de mercados relevantes possíveis, compatíveis com as especificidades concretas das variadas formas de interação econômica.

Ao acenarmos para a necessidade de a dimensão temporal ser operacionalizada através daquilo que tradicionalmente se rotulou de conceito jurídico indeterminado, buscamos evitar a fixação apriorística de uma quantidade invariável de tempo para a verificação de câmbios nos comportamentos mercadológicos de ofertantes e demandantes, uma vez que a incidência de um tal padrão sobre mercados e circunstâncias altamente diferenciáveis traria consigo um grande risco de arbitrariedade e falta de equidade.

Antes de encerrar este breve *excursus* sobre o conceito de mercado relevante, gostaríamos de comentar brevemente um outro ponto que nos chamou a atenção nas definições de Hovenkamp e Sullivan, qual seja, a sua unilateralidade no que se refere ao preço como determinante do agir concorrencial dos agentes econômicos.

O comentário adquire um sentido mais elementar ao procurarmos aplicar aquelas definições diretamente sobre setores econômicos regulamentados. Com efeito, a utilização do preço (bem como a referência ao *output*) como critério pressupõe, para o agente, um poder de disposição em relação a esta variável. Posto que nos setores com preços regulamentados esta disponibilidade ou inexistência ou é indiferente para a determinação do comportamento dos agentes, os critérios determinantes devem ser buscados em outras variáveis, tais como qualidade, segurança eficiência etc.

Por outro lado, a preocupação exclusiva com a possibilidade de se praticar preços monopolísticos empobrece, como veremos, a análise de poder no mercado, além de tender, por necessidades práticas, a que as autoridades pressuponham, para efeitos de delimitação de um mercado relevante, um dado aumento de preço como padrão invariável. As conhecidas *Merger Guidelines* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América do Norte são, no que se refere à determinação do *product market*, operacionalizadas pela Divisão Antitruste pelo chamado *5% test*. Isto significa que em relação à questão: se um fabricante de um determinado produto aumentasse seu preço "by a small but significant amount", buscariam os demandantes deste produto outros fornecedores, de modo que o aumento não seria lucrativo?, devemos substituir a expressão entre aspas por "5%".

Este modo de ver simplifica, a nosso ver, demasiadamente as coisas. Se ele pode, no contexto econômico norte-americano, ter utilidade prática, é uma outra questão. Para a descrição teórica e mesmo aplicação prática da legislação de defesa da concorrência tendo em vista a experiência econômica brasileira, um percentual fixo de aumento de preço como critério para delimitação do mercado relevante deve ser, assim como o fator temporal, indeterminado.

O conceito de mercado relevante poderia, assim, ser abstratamente caracterizado como o universo juridicamente qualificado composto pelas interações econômicas reais e potenciais entre os agentes — ofertantes e demandantes — (bem como dos padrões de relacionamento destas interações entre si) os quais, enquanto interagem efetiva ou virtualmente, podem vir a exercer poder — e, eventualmente, dele abusar — uns em relação aos outros.

Em termos ainda mais abstratos: o mercado é um sistema de interações. Enquanto sistema, implica o reconhecimento de que as relações entre as unidades que o compõem podem ser conhecidas mediante o emprego de determinadas regras pragmático-formais, ou seja, de padrões formais de comportamento. A sociologia, através do conceito de ação estratégica, a teoria matemática dos jogos e a teoria da comunicação, valendo-se, principalmente, dos resultados da análise pragmática, abriram o caminho para a visualização das limitações do enfoque monádico e do esquema teleológico (individualista) da ação para a compreensão do comportamento dos agentes econômicos no mercado.

A articulação dogmática desta experiência deve, pois, desenvolver-se no sentido de não mais tentar explicar o comportamento das variáveis no sistema (agentes econômicos) prescindindo do contexto, isto é, das outras variáveis, das relações entre as mesmas e, até mesmo, das relações entre os vários sistemas.

III — A análise do poder econômico de um dado agente pode valer-se, basicamente, de dois enfoques. O primeiro deles, denominado estático, capta o mercado, como o próprio nome indica, estaticamente, identificando o poder de um agente com o percentual com que este participa naquele mercado. Em outras palavras, o enfoque estático equaliza, em um instante "t" dado, poder

econômico e *market share*. Embora predominante na praxis do direito de defesa da concorrência brasileiro, o enfoque estático é, se aplicado isoladamente, insuficiente. O argumento mais usado para demonstrar esta insuficiência reside na constatação de que não se pode, sem uma definição arbitrária, alcançar um critério generalizável de determinação do percentual a partir do qual se deve afirmar que um dado agente tem ou não poder econômico em um dado mercado.

Há, no entanto, um argumento mais poderoso. Se não desejamos incorrer em presunções arbitrárias, a predileção pelo enfoque estático só tem sentido se identificarmos, como normalmente se faz, poder econômico com disponibilidade sobre recursos econômicos. A linguagem, aliás, nos dá uma prova irrefutável de que esta identificação é muito mais comum do que poderíamos imaginar. Falamos, ilustrativamente, que um agente “tem” poder econômico, como se o poder fosse algo materializável que se possui ou não se possui, se cede e se recebe, enfim, um objeto de posse.

Hobbes, nesse sentido, definiu o poder de um homem como consistindo “nos meios de alcançar alguma aparente vantagem futura” confundindo, ele também, poder com condição do poder, poder com instrumento do poder. Contudo, não existe poder, socialmente falando, se não existe, ao lado do indivíduo ou grupo que o exerce, outro indivíduo ou grupo que é induzido a comportar-se tal como aquele deseja (Bobbio, Maiteucci, Pasquino, *Dicionário de Política*, 2/934, Edunb, 4.^a ed.).

Em vista disso, poder não é algo que se possui ou se perde, mas sim uma determinada relação entre pessoas, ou mais propriamente, uma relação entre comportamentos. Para a existência de poder, no entanto, não é logicamente necessário que um sujeito B seja efetivamente induzido a atuar conforme a

intenção de um sujeito A, bastando, para que possamos falar de poder, a possibilidade da efetivação. Nesse sentido distingue-se entre poder potencial e poder atual (ou poder em ato).

Citando Weber, podemos, concluindo, dizer que o poder se manifesta em uma relação de subordinação na qual há uma certa probabilidade de que alguém imponha a outrem a sua própria vontade, contra toda a resistência e qualquer que seja o fundamento da probabilidade.

É justamente na verificação da existência deste aspecto relacional inerente à noção de poder social que encontramos a valia do outro enfoque a que aludimos acima, o qual, contraria mas complementarmente ao enfoque estático, chamaremos de dinâmico. Com o advérbio complementarmente, queremos dizer que o enfoque estático não é irrelevante. Ele é simplesmente insuficiente, devendo ser tomado como indício, jamais como único fundamento, de uma análise de poder.

Com o enfoque dinâmico do poder econômico está bem familiarizada a dogmática do direito de defesa da concorrência norte-americana e européia. A Comissão das Comunidades Econômicas Europeias, em seu Memorando de 1965 sobre o Problema da Concentração no Mercado Comum caracterizou, no sentido dinâmico, o poder econômico como “la faculté d'exercer sur le fonctionnement du marché une influence notable et en principe prévisible pour l'entreprise dominante. Cette faculté économique d'une entreprise dominante influe sur le comportement et les décisions économiques d'autres entreprises qu'elle soit utilisée ou non dans un sens donnée”.

Deste modo, no Direito Comunitário, o poder econômico se consubstancia em um poder de agir, que se apresenta em duas frentes: ativamente, ele possibilita à empresa dominante uma influência sobre as outras empresas atuantes no mercado; passivamente, ele significa que a empresa

dominante pode subtrair-se à influência das demais (Louis Vogel, *Droit de la Concurrence et Concentration Économique*, p. 97, Economica, 1988).

Note-se que a análise tem como centro o conceito de empresa dominante. Em uma situação hipotética de mercado em que existam mais de uma empresa dominante, o poder evidentemente dilui-se, encontrando o sistema um padrão de equilíbrio competitivo próprio, incluindo, também, um confronto dos poderes entre si.

O direito positivo brasileiro não ficou à margem desta concepção dinâmica do poder econômico. A Lei 4.137/62, embora restringindo a esfera de influência aos preços, definiu, em seu art. 5.º, condições monopolísticas como aquelas em que "uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer *influência preponderante* sobre os respectivos preços" (destacamos).

Outros exemplos podem ser retirados do direito positivo (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) alemão, assim como, mais timidamente, da definição normativa de *monopolistic conditions* do direito japonês, a qual prevê como suas condições, além de um determinado *market share*, a existência de *entry barriers* e aumentos de preços.

Vogel, na obra citada, distingue, ainda, três critérios para a mensuração do poder de que goza um determinado agente econômico em um dado mercado. São eles chamados de critérios: a) estruturais, b) comportamentais e c) de performance.

Os primeiros referem-se a aspectos relativamente estáveis do mercado, que não dependem de ações a curto prazo da empresa dominante, podendo-se incluir entre os mesmos as *entry barriers*. Estas designam o conjunto de obstáculos com os quais se confrontam ou possam confrontar-se agentes que pretendam entrar no mercado.

Com relação à questão das *entry barriers*, cabem alguns comentários adicionais interessantes. Obstáculos à entrada de agentes econômicos em um dado mercado foram estudados em detalhe pela doutrina norte-americana principalmente em face do fenômeno da integração. Integrações costumam ser classificadas em verticais e horizontais. Segundo Hovenkamp, "a firm is vertically integrated whenever it performs by itself some function that could otherwise be purchased on the market" (Op. cit., p. 191). Estritamente falando, quase todos os agentes estão verticalmente integrados em algum grau. Para demonstrar esta tese, Hovenkamp dá como exemplo de integração vertical o caso de uma advogada que lava as próprias janelas, uma vez que existe, em princípio, a possibilidade de que o serviço possa ser prestado por um outro agente contratado para este fim específico.

O simples fato da integração, pois, não pode ser tomado como uma manifestação de poder nem, muito menos, caracterizado como uma infração à legislação de defesa da concorrência. Ciente destas circunstâncias, a jurisprudência norte-americana desenvolveu instrumentos teóricos para distinguir integrações lícitas de ilícitas, os quais podem ser, com algumas ressalvas, de valia para o contexto brasileiro.

A argumentação da Suprema Corte gira, basicamente, em torno das chamadas *foreclosure theory* e *entry barriers theory*. De acordo com a primeira, uma integração vertical deve ser reputada ilegal quando seu resultado seja o de negar o acesso de um dado agente a um dado mercado; a *entry barriers theory*, por seu turno, repousa em um argumento próximo, embora não idêntico ao primeiro, a saber: integrações verticais aumentariam o poder de mercado de um agente tornando a entrada de novos agentes mais custosa ou mais difícil.

Tomadas em si mesmas, as duas teorias acima apontadas são, evidentemente, frágeis. Se a função econômica elementar da integração vertical é reduzir custos operacionais, deve-se concluir que, em princípio, integrações verticais ajudam, na exata medida em que reduzem custos, a incrementar a eficiência das empresas. Ora, vistas deste ponto de vista, quaisquer medidas que tendam a aumentar a eficiência de um agente podem vir a ser consideradas como obstáculo por um outro, dado que este último deverá esforçar-se para ser, ao menos, tão eficiente quanto aquele.

Neste sentido, comenta Modesta Carvalhosa (*Poder Econômico — Fenomenologia e Disciplinamento Jurídico*, pp. 25-6, 1967), que “não se pode, hodiernamente, falar em direito individual e generalizado de concorrência como seja o direito de acesso ao mercado daqueles que, simplesmente, têm o intento de nele intervir”.

E citando Fontana: “La libertà della lotta economica quindi non si riferisce all'attività dei singoli, nel senso di permetterne lo svolgimento in qualunque senso; ma si riferisce invece alla concorrenza stessa, in quanto si garantiscono le condizioni essenziali perchè il suo svolgimento sia pieno ed assoluto, e dal gioco delle forze economiche convergenti sorga la massima utilità per i consociati”.

Por estas e outras razões complementares que dizem respeito ao funcionamento do mercado, a operacionalidade das referidas teorias pressupõe o concurso de uma condição adicional, suficiente para justificar a generalização das mesmas como regras. Nesse sentido, costuma-se exigir que, na integração vertical, ao menos um dos agentes integradores seja um monopólio (esta condição foi, no entanto, negada em algumas decisões da Suprema Corte posteriores a 1950 como, por exemplo, em 1962, em *U.S. vs. Brown Shoe Co.*).

Integrações horizontais ocorrem quando um determinado agente passa a deter o controle formal de um competidor ou, ainda, quando duas empresas competidoras se fundem em uma só empresa (abstraímos aqui a referência aos — explícitos ou implícitos — cartéis propriamente ditos, os quais podem, do ponto de vista sociológico, ser também entendidos como integrações horizontais).

O fenômeno da integração horizontal (*mergers*) recebe, nos ordenamentos jurídicos dos países capitalistas mais desenvolvidos, uma atenção especial. No direito norte-americano, integrações horizontais são normalmente enquadradas na seção 7 (emendada em 1950) do Clayton Act de 1914, recorrendo as autoridades (*Federal Trade Commission e Antitrust Division*) aos seus respectivos guides (respectivamente, *Statement of Federal Trade Commission Concerning Horizontal Mergers — 1982* — e *Merger Guidelines of the Department of Justice — 1982/84*), para efeitos de orientação na aplicação da legislação.

A admissibilidade de uma integração horizontal repousa em um juízo estritamente técnico (à diferença do direito alemão, em que o ministro responsável excepcionalmente pode, não obstante o parecer técnico contrário do *Bundeskartellamt*, autorizar uma integração) baseado em uma análise dos efeitos da integração para a competitividade no mercado relevante em questão. Na verificação destes efeitos costuma-se recorrer aos *market shares* dos agentes em integração, ao grau de concentração do mercado respectivo (ponto de vista estático), bem como a critérios dinâmicos, tais como: eficiência do mercado como um todo, existência ou não de um padrão competitivo de funcionamento etc., representando, também neste caso, o mencionado teste dos *foreclosure e entry barriers* a pedra de toque para a caracterização ou não de uma infração.

Os segundos critérios que mencionamos envolvem comportamentos ou práticas econômicas destinadas a exprimir, manter ou reforçar o poder econômico da empresa no mercado. Critérios comportamentais são considerados mais significativos na práxis da aplicação do direito de defesa da concorrência europeu. Com efeito, parte-se da presunção de que certos tipos de comportamento econômico não seriam jamais adotados "qu'à la condition que l'entreprise dispose suffisamment de puissance économique pour les imposer aux autres participants du marché ou seraient irrationnels si leur auteurs ne se trouvaient pas dans une position dominante" (Vogel, op. cit., p. 114).

A análise de poder fundada em critérios comportamentais permite a infiltração direta de elementos pragmáticos no discurso jurídico. Esta circunstância obviamente enriquece os instrumentos de pesquisa. Ditos elementos pressupõem a existência de determinados padrões de comportamento no interior daquele sistema interacional denominado mercado, construíveis a partir de repetições que podem ser detectadas nas interações entre os agentes. Com este tipo de análise pode-se prescindir de argumentos cuja demonstração pressuporia o acesso a elementos subjetivos, tais como, por exemplo, intenções dos agentes econômicos. Pistas da relação de poder poderiam ser, assim, objetivamente identificadas.

Por fim, os critérios de performance estabelecem padrões de dominação a partir de um funcionamento insatisfatório do mercado, manifestado especialmente por altas significativas de preços, aumentos desproporcionais das taxas de lucro etc.

À diferença dos demais, os critérios de performance permitem uma observação afastada, macroscópica, do mercado. Não se busca, por meio deles, surpreender a relação de poder econô-

mico diretamente em suas manifestações concretas, mas, ao contrário, inferir do funcionamento global do mercado e, até mesmo, dos mercados adjacentes, a presença do fenômeno do poder.

Desta exposição, podemos notar que a questão do poder econômico envolve operações complexas e o recurso a pontos de vista heterogêneos. Estes, exemplificados nos três tipos de critérios acima expostos, não bastam por si mesmos para a fundamentação segura de uma decisão vinculante, mas devem ser entre si combinados. A pura e simples equalização de poder econômico e percentual de participação é, por estas razões, inadequada e perigosa. Inadequada, pois não leva em conta o aspecto essencial à idéia de poder, e perigosa, pois conjugada à tendência de se tomar poder por abuso de poder, leva inevitavelmente a uma duplamente errada aplicação do direito.

Se o poder econômico não se confunde com o abuso do poder econômico, em que se distinguem? A pergunta é nuclear, posto que, como vimos, a lei deve reprimir o abuso, não o poder (art. 173, § 4.º, da CF).

IV — A noção de abuso de poder está tradicionalmente associada à teoria política pré-liberal (por exemplo, dos *monarcomaci* franceses no final do séc. XVI) e liberal, tendo funcionado como importante instrumento ideológico de combate ao poder real. Nesta esfera, abusar do poder significava usurpá-lo ou, ainda, exercê-lo de maneira injusta. Ademais, enquanto circunscrita à teoria política, àquela noção poderiam, em tese, conectar-se tipos diversos de reação, do apelo aos magistrados à revolta popular.

Da teoria política para a técnica dogmática moderna, assistiu-se a um processo de gradativo esvaziamento do conteúdo estritamente político, de dominação, inerente à noção de abuso de poder. De um lado, isto se deu por meio

da institucionalização de um núcleo significativo tecnicamente preciso, adequado dogmaticamente, identificável em um conceito nascido, no final do séc. XIX, do ventre da jurisprudência administrativa francesa, a saber, no conceito de desvio de finalidade (*détournement de pouvoir*); de outro lado, através da domesticação das reações possíveis diante do fenômeno brutal do abuso, as quais foram filtradas e canalizadas em mecanismos procedimentais regulados tecnicamente de maneira rigorosa.

Abuso do poder significa, então, desvio de finalidade. Entretanto, a dogmática jurídica atual estabeleceu uma importante linha divisória entre abuso de poder administrativo e abuso de poder na esfera dos particulares. No direito administrativo, abuso de poder significa uso do poder para fins não autorizados em norma jurídica. Para os particulares, o abuso do poder (econômico) aproximar-se-ia do abuso de direito, instrumento teórico desenvolvido no começo deste século pela dogmática do direito privado para fazer frente a atos praticados por um agente determinado, dentro da órbita de um seu direito subjetivo, cujo propósito (corrente subjetivista) ou consequência (corrente objetivista ou finalista) fosse um mal a outrem ou à coletividade.

Alvino Lima (*Culpa e Risco*, p. 219, RT, 1960), referindo-se ao abuso de direito, observou, no sentido da corrente finalista, que “aquele (...) que age obedecendo apenas aos limites objetivos da lei, mas que no exercício do direito que lhe confere o preceito legal, viola os princípios da finalidade econômica e social da instituição, de sua destinação produzindo o desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, abusa de seu direito”.

A propósito do parentesco existente entre abuso do poder econômico e abuso de direito manifestou-se o Prof. Miguel Reale (“Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais”, in “*Poder Eco-*

nômico — Exercício e Abuso, José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, p. 523, RT, 1985), ao afirmar que “as teorias do abuso de direito e do abuso de poder desenvolveram-se em esferas distintas, respectivamente, do Direito Privado e do Direito Público, mas, aos poucos, vieram convergindo no sentido de uma compreensão por assim dizer complementar (...). Dada essa complementariedade, por compreensível necessidade de se preservarem valores sociais e individuais, mesmo o exercício de um direito ou de um poder, anteriormente considerado normal segundo os parâmetros individuais dominantes, passa a ser considerado irregular ou ilícito, seja pelo dano acarretado, seja pela gritante desproporção surgida entre a titularidade do direito e as prerrogativas e privilégios que ela proporcionaria a alguns em detrimento da coletividade”.

A justificação desta sutil mas fundamental diferenciação remonta à distinção não menos fundamental entre os princípios da legalidade e da estrita legalidade, a qual, por sua vez, nos remete ao problema da liberdade no Estado. De acordo com o pensamento dominante na moderna dogmática juspublicista, não há, na esfera do Poder Público, isto é, para a imensa categoria composta pelos funcionários públicos *lato sensu*, liberdade entendida no sentido de livre determinação dos fins da ação. No lugar desta, surge o conceito de discricionariedade, o qual, partindo-se de um esquema teleológico de ação, implica uma mera liberdade na escolha dos meios adequados aos fins previamente estabelecidos. Para a Administração Pública diz-se, então, que vigora o princípio da estrita legalidade, ou seja, que os seus funcionários só podem (e devem) fazer aquilo que a lei autoriza. Para os particulares, contudo, não vale o princípio da estrita legalidade, mas sim, o da legalidade *tout court*: Nin-

guém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Onde não há lei, há liberdade.

Note-se, por outro lado, que ao admitir que os funcionários públicos somente podem fazer aquilo que a lei autoriza, a dogmática não se prende a considerações de índole subjetiva, uma vez que o desvio de finalidade é medido como desvio entre a finalidade legalmente prevista e o resultado alcançado pela ação administrativa e não, como poderia parecer à primeira vista, como um conflito entre a *voluntas legis* e a vontade do administrador.

Nesse sentido — e isto é fundamental —, a aplicação prática da doutrina do desvio de finalidade será diferente em se tratando de padrão legalidade ou estrita legalidade exatamente enquanto geralmente implica, no primeiro caso, uma análise retrospectiva e uma questão subjetivamente formulada (o agente teve a intenção ou assumiu o risco de alcançar o resultado?) e, no segundo, uma análise prospectiva e objetiva (o ato alcançará o resultado visado pela norma?). Em outras palavras, no padrão legalidade, “finalidade” ou “fim” significa motivo, no padrão estrita legalidade, resultado.

De qualquer modo, e pelas razões aludidas, se transposta diretamente a noção de abuso de poder do direito administrativo ao direito econômico, somos tentados a dizer que a mesma sofreria necessariamente uma flexão. Esta flexão, caberia acrescentar, teria atrás de si, como retaguarda ideológica, o peso da tradição do pensamento econômico liberal. Tratar-se-ia aqui de se assegurar a existência absoluta, no ordenamento jurídico, da liberdade de iniciativa.

Com efeito, sujeitar o poder econômico ao princípio da estrita legalidade (pressupondo, para isso, um câmbio no que se refere ao fundamento do poder: em um caso, uma norma de competência administrativa; no outro, uma dis-

ponibilidade sobre recursos econômicos somada a normas de competência contratual) corresponderia a instrumentalizá-lo, transformando, ao menos nesta esfera de poder, a liberdade econômica em uma espécie de “discricionariedade econômica”.

Esta transformação hipotética, embora em si não absurda do ponto de vista de uma teoria dos limites das relações reais de poder dentro do estado, seria, no marco da ordem econômico-constitucional vigente, juridicamente controversa, pois implicaria uma troca parcial, no que se refere ao aproveitamento do poder econômico, do padrão legalidade para o padrão estrita legalidade.

Na verdade, podemos até dizer que a Constituição Federal alberga, incipientemente, não propriamente uma troca de padrão dessa natureza, mas uma “convergência” talvez um pouco mais radical do que aquela a que se referiu o Prof. Miguel Reale. Ao referir-se aos proprietários de imóveis urbanos (e de forma semelhante, no capítulo referente à Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, aos proprietários de imóveis rurais), em dois dispositivos do capítulo referente à Política Urbana (capítulo II da Ordem Econômica e Financeira), o Constituinte chegou bem perto de possibilitar a instrumentalização da propriedade privada pelo Poder Público.

O art. 182, § 2.º, estabelece que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”; o § 4.º, por sua vez, autoriza o Poder Público municipal a, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, “exigir, nos termos de lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento (...)”, sujeitando-o, em não ocorrendo esse — do ponto de vista do Poder Público —

adequado aproveitamento, a penas que podem inclusive, culminar na desapropriação do imóvel.

Retomemos: para o direito econômico, abusar do poder significa usá-lo para fins contrários aos estabelecidos normativamente. Neste particular, entretanto, cabe lembrar o que agora há pouco dissemos: se partirmos, com base em um reconhecimento absoluto e unilateral do princípio da liberdade, do padrão legalidade para a definição das obrigações dos detentores do poder econômico, pode-se dizer que, tendo o próprio legislador constituinte se adiantado ao legislador ordinário e definido, no art. 173, § 4.º, da Constituição, quais os fins (motivos) ilícitos (dolo direto) para efeitos de legislação de defesa da concorrência, abusar do poder econômico é usá-lo para fins — isto é com a intenção — de: dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros; se, por outro lado, nos valermos de uma outra interpretação possível e utilizarmos um padrão mais próximo ao padrão estrita legalidade, continua o poder econômico vinculado, negativamente, ao conteúdo da norma constitucional, mas também, positivamente, aos contrários dos fins ilícitos previstos na norma, isto é, em uma fórmula genérica, à manutenção ou produção de uma situação de competitividade (resultado).

A bem da verdade, e contrariamente à posição doutrinariamente dominante, estas últimas conclusões nos parecem necessárias tendo em vista a Lei 8.158/91, a qual institui normas para a defesa da livre concorrência. A redação do art. 22 da referida lei aponta inequivocadamente para uma objetivação das irregularidades, ou — nas palavras da Lei —, “anomalias de comportamento” (artigo 1.º), constituídas por práticas de “setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores”.

Com efeito, dispõe o referido dispositivo que “na apuração e correção dos atos ou atividades previstos nesta Lei, a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, *ainda que* não se caracteriza dolo ou culpa dos agentes causadores” (destacamos). Deste modo, a norma não busca apenas punir os desvios, mas, principalmente, alcançar uma situação objetiva ideal e positivamente determinada: o mercado saudável (competitivo). E não é só. A Lei 8.158/91, em seu artigo 3.º, *caput*, estabelece que “constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, libertação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto *ou produzindo o efeito de* dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, *tais como*: (...)” (destacamos). O sentido da norma é, a nosso ver, unívoco: em primeiro lugar, a infração à ordem econômica está já descrita no *caput* do artigo, descrevendo os incisos (“tais como”) exemplos de práticas; em segundo lugar (e reside justamente aqui o ponto principal), para a existência da infração basta o efeito nocivo à competitividade no mercado e o nexo causal, sendo a consideração subjetiva do agente, em princípio, irrelevante.

A nosso ver, o novo modo de valorar o fenômeno do poder econômico albergado na redação e no sentido da Lei 8.158/91 (responsável pela agudização — na direção da teoria do abuso do poder administrativo — da convergência entre as teorias do abuso do direito e do abuso do poder no que diz respeito ao abuso do poder econômico), significa uma espécie de funcionarização do poder econômico em uma direção mais ou menos precisa, ou seja, a incidência de um poder normativo externo sobre os centros decisórios responsáveis pelo

movimento do poder econômico, e não mais a existência de um mero limite externo aos desdobramentos de direitos subjetivos.

Se estamos certos em nossa interpretação, há que se admitir que a Lei 8.158/91 manifesta um parcial — posto que sobrevive ao abrigo da vigência da Lei 4.137/62 e de outras normas definidoras de ilícitos penais — abandono da concepção penalista do direito de defesa da concorrência, em razão do próprio contexto histórico-axiológico determinante do surgimento da norma legal. Nesse sentido, a referida lei pode ser pensada como verdadeira norma de transição, rompendo com uma tradição normativa que remonta praticamente ao segundo quarto deste século e inaugurando, no direito pátrio, uma nova forma de encarar o poder econômico: não mais apenas reprimindo-o em seus abusos, coibindo suas manifestações excessivas e mantendo-o em estado de inação, mas forçando-o, positivamente, a produzir competitividade, qualidade, eficiência e progresso. A referência implícita à dimensão positiva do poder econômico pode, assim, ser apontada como a maior inovação da lei.

Ora, o que neste momento resta a fazer é, seguindo a dogmática tradicional, verificar se a Constituição da República autoriza esta interpretação proposta. Já vimos que nem todas as normas que se referem a particulares podem ser trabalhadas intelectualmente com base no padrão legalidade. A norma constitucional autoriza expressamente que, no concernente aos proprietários de imóveis urbanos, se recorra a um padrão diferente. O que dizer em relação ao fenômeno do poder econômico?

A concepção da concorrência e da ordem econômica subjacente à Carta de 1988 (no que segue nos reportamos integralmente a manuscrito gentilmente cedido pelo Prof. Tercio Sampaio Ferraz

Junior) aponta para um ponto médio entre a radicalização da “linguagem da finalidade” (Benjamin Shieber) no tratamento do poder econômico abusivo (isto é, a idéia de que a intenção do agente é condição da ilicitude da prática) e a “administrativização” extensiva da livre iniciativa. Nas palavras do Prof. Miguel Reale: “Tem-se dito que a Constituição atual não prevê a intervenção no domínio econômico. É lançar o dardo longe demais, contra a estrutura mesma da sociedade atual, sem o Estado intervencionista. O importante, porém, é saber como e quando essa intervenção se dá de maneira lícita. A intervenção no mundo econômico é referida, aliás, pela própria Constituição, no art. 149, que reza: ‘Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, *de intervenção do domínio econômico*’...” (grifado no original). Devemos reconhecer — conclui o Prof. Reale — “que esta intervenção está implícita nos textos do Capítulo I do Título VII, e mais propriamente no art. 173...” (“A Ordem Econômica Liberal na Constituição de 1988”, in *Constituição de 1988 — O Avanço do Retrocesso*, org. Paulo Mercadante, Rio, 1990, p. 21).

Por outro lado, a redação do artigo 173, § 4.º, da Constituição Federal (“que vise a”), poderia sugerir que a Carta Magna, retomando (a Constituição anterior usava a expressão “caracterizado por”) a linguagem da finalidade, estaria reforçando a natureza estritamente penal do abuso do poder econômico, reduzindo o papel do Estado a de um simples vigilante do mercado.

A Constituição, porém, ensina o Prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior, “não trata da defesa da concorrência num contexto de disposições prescritivas estanques”. Note-se, inicialmente, que o § 4.º do art. 173 está inserido num dispositivo cujo *caput* cuida da “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”. Os

parágrafos 1.º, 2.º e 3.º tratam de delimitar particularmente a atividade da empresa pública e o § 5.º determina que a lei, "sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às prescrições compatíveis com sua natureza nos atos praticados *contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular*". Em suma, o art. 173, como um todo, que cuida da articulação do Estado na economia, estabelece normativamente uma *concepção global do mercado*, no qual concorrem empresas públicas e privadas..." (grifos no original). Nesse contexto — conclui o Prof. Tercio — "é que se insere a legislação de Direito Econômico, cujo objetivo é cuidar para que o desenvolvimento econômico ou técnico do sistema mercadológico não seja comprometido por comportamentos dos agentes que possam levar a distorções, como o impedimento do afluxo de recursos a certos setores ou o bloqueio da possibilidade de expansão de concorrentes ou a mera afirmação da prepotência econômica que, sem maiores justificações, seja manifestação de um poderio arbitrário, individualista e egoísta.

Nesse contexto, a Constituição, que declara o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219), exige do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), o exercício da função de fiscalização. Dentro desta concepção global, a repressão aos abusos do poder econômico está referida a atos da vida econômica usual (...), atos que não são diferentes a ponto de serem classificados em virtude de uma natureza distinta (...). Portanto, os conflitos por eles eventualmente provocados podem e devem ser tratados por distintas legislações, não tendo cabimento distribuí-los de modo estanque pelos diversos ramos jurídicos. O mesmo ato e mesmo conflito pode ser enquadrado

como concorrência desleal nos termos da legislação penal, como ilícito civil sujeito às indenizações respectivas ou como infração administrativa a ser apreciada pelo INPI. É o ponto de vista da concepção global do mercado como patrimônio nacional (não patrimônio do Estado) que qualifica a competência da SDE ou do CADE".

Em resumo, para a Constituição atual, "a inserção da livre concorrência como princípio da ordem econômica trouxe à concepção de abuso do poder econômico o sentido de uma infração contra o mercado, não sendo mais radicalmente decisivo os atos abusivos serem qualificados na forma de um ato de um agente contra outro agente". Em outros termos, o centro de gravidade da infração deixa de estar na intencionalidade dirigida contra um concorrente, mas passa a localizar-se na significação objetiva da conduta para a manutenção da competitividade no mercado.

Mercado competitivo não é mercado atomístico. Como já tivemos a oportunidade de dizer no início deste trabalho, a carta constitucional, ao mandar reprimir o abuso do poder econômico, pressupõe o poder como fenômeno natural do mercado nas sociedades modernas. A situação de competição se manifesta mais bem através do conceito de luta, que no caso limite pode referir-se, inclusive, à luta fictícia, ou seja, a uma estruturação monopolística do mercado sem, contudo, a existência de uma performance mercadológica típica de monopólio. O caráter prognóstico da definição dogmática de mercado relevante ilustra bem a fluidez do conceito jurídico de concorrência.

Por outro lado, como tentamos demonstrar, a contrapartida ao reconhecimento da legitimidade do poder econômico (englobando, como acabamos de ver, o poder monopolístico) é o seu enquadramento positivo e a resultante

fiscalização, como medida de constatação de eventuais desvios, das consequências de sua concretização.

A sujeição das relações de poder econômico a um padrão normativo mais próximo ao padrão estrita legalidade pressupõe, no que diz respeito à avaliação do desvio, uma finalidade (resultado) prescrita. Este resultado, como indicamos, é a própria livre concorrência, enquanto manifestação parcial e pressuposto da liberdade de iniciativa. Assim, ao prescrever a liberdade dos agentes no mercado, a Lei de Defesa da Concorrência engendrou um interessantíssimo paradoxo pragmático: obedecendo, por um lado, à prescrição legal, e portanto não sendo mais inteiramente livre, o

agente econômico é livre; por outro lado, ao desobedecê-la, sendo livre, deixa de sê-lo. Paradoxos pragmático deste tipo não são, em se tratando do conceito de liberdade, infreqüentes no Direito. A esse respeito, compare-se o artigo 27 do Código Civil suíço: "Personne ne peut renoncer à sa liberté ou la limiter dans une mesure qui viole la loi ou la moralité" (sobre o conceito de paradoxo pragmático, Watzlawick, Beavin & Jackson, *Pragmática da Comunicação Humana*, Cultrix, São Paulo, 1973).

Luis Fernando Schuartz, Advogado, Mestre em Direito pela Universidade de Frankfurt e Monitor da Cadeira de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SOCIEDADE POR QUOTAS — QUOTAS PREFERENCIAIS

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

A finalidade deste estudo é a de demonstrar que, no Brasil, perante o regime jurídico das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, são plenamente admissíveis as denominadas quotas preferenciais. Com essa expressão, designam-se as partes de capital das sociedades em questão que, desprovidas do direito de voto, asseguram aos respectivos titulares determinadas vantagens, seja sob a forma de prioridade no recebimento de lucros, ou na restituição de capitais, seja por qualquer outra forma assemelhada. As quotas preferenciais em sociedades limitadas, admitidas por considerável parte de autorizada doutrina nacional (cf. item 19, *infra*), encontraram guarida na orientação administrativa do registro do Comércio em São Paulo, como se verifica dos pareceres 71/78 e 137/81, ambos subscritos por seu ilustre procurador, Dr. Francisco Alberto Camargo Veiga de Castro, os quais serviram de fundamento para a reiterada aceitação daquele instituto pela Junta Comercial do Estado de São Paulo. A esses mesmos pareceres, publicados pelo Boletim Jucesp, em suplemento ao *DOESP*, de 20.8.81, faço aqui expressa referência para incorporá-los ao teor deste trabalho, a eles me reportando, endossando-lhes *in totum* as respectivas conclusões. O que me proponho a fazer, em seguida, é ampliar as bases desse entendimento jurídico, conferindo-lhe argumentos adicionais, de acordo com a sistemática jurídica em vigor no Brasil.

Pode-se facilmente perceber que a questão proposta entende com a conhe-

cida problemática do direito privado que envolve, de um lado, o prestígio do princípio da autonomia da vontade e, de outro, a conformidade de todo e qualquer negócio jurídico com prescrições legais de caráter cogente, imperativas e inderrogáveis por deliberações particulares. Como agudamente escreve um insigne comercialista espanhol, o problema da liberdade contratual é (sempre) o problema de seus limites.¹ Sob esse aspecto, cabe lembrar que a prevalência da ordem pública, na apreciação hermenêutica de qualquer problema jurídico, é sempre insuscetível de afastamento, eis que não se compreende, na esfera privada, nenhum comportamento pessoal que afronte os princípios de ordem pública *lato sensu*, tais como consagrados no ordenamento positivo.² A conformidade de todo contrato, *rectius*, de todo negócio jurídico, com a ordem pública é pressuposto da legitimidade essencial do comportamento das partes privadas. Daí não se infere, no entanto, nem seria razoável fazê-lo, que a ordem pública pudesse limitar ou suprimir a liberdade convencional, particularmente no que se refere a interesses econômicos

1. Luiz Fernandes de La Gandara, *La Atipicidad en Derecho de Sociedades*, ed. Portico, Zaragoza, s/d., Introdução.

2. Sobre o assunto, a consagrada monografia de Philippe Malaurie, *L'Ordre Public et le Contrat*, ed. Matot-Braine, Reims, 1953. Cf. tb. José Alexandre Tavares Guerreiro, "O Estado e a Economia dos Contratos Privados", in *RDM*, 31/77 e ss., Nova Série, 1978.

de caráter disponível. Ao contrário, também a liberdade convencional integra de modo indissociável a ordem pública, nos limites e nas condições estabelecidas pelo ordenamento. Como consequência, não é de hoje que as normas jurídicas são consideradas sob duas amplas perspectivas, que se ramificam em variantes e subvariantes de toda a sorte, sempre, porém admitida a *summa divisio* dos preceitos legais em preceitos cogentes e preceitos dispositivos. Mas, como salienta Giorgio Del Vecchio: "A distinção entre normas taxativas e normas dispositivas é de aceitar até certo ponto. Contudo sua aceitação não nos deve induzir em erro quanto à natureza do Direito *in genere*: este é sempre imperativo, ainda mesmo no caso das chamadas normas dispositivas. (...) Não só as chamadas normas taxativas, mas também as dispositivas, constituem rigorosamente, portanto, um *ius cogens*. Numa palavra: todo o Direito é coactivo enquanto ele próprio estabelece os limites de sua imperatividade e coactividade". (*Lições de Filosofia do Direito*, 5.^a ed., Coimbra, Armênio Amado, 1979, pp. 388-389).

Do silêncio do Dec. 3.708, de 1919, quanto às quotas preferenciais, não se colhe, de imediato, conclusão alguma peremptória sobre sua impossibilidade. Em abordagem simplista, poder-se-ia recordar que, consoante indesmentido axioma, o que não é expressamente vedado há de ser sempre permitido. A essa afirmação cumpriria juntar o indispensável qualificativo: o que não é proibido é permitido desde que a ordem jurídica e o sistema de direito não repudiem a solução. Por outras palavras, lícito seria tudo o que a lei não interditasse e, ao mesmo tempo, não contrariasse a ordem pública. Corolário desse princípio encontra-se na prescrição do art. 5.^o da LICC, que impõe ao magistrado, na aplicação da lei, a consideração necessária dos seus fins sociais e

das exigências do bem comum, que não deixam de ser balizamentos fundamentais do conceito de ordem pública.

Na origem do problema de que ora me ocupo, existiu sempre a preocupação com a natureza da sociedade limitada, a qual tradicionalmente se procurou conferir eminente caráter contratual, do qual derivaria suposto princípio de absoluta igualdade entre todas as partes, fundado no espírito personalista ou no denominado *intuitus personae*, que animaria de forma indispensável esse tipo societário. A partir dessa consideração é que se poderia questionar sobre a compatibilidade das quotas preferenciais com um tipo de sociedade vinculada a um igualitarismo essencial entre todos os participantes, a traduzir-se, principalmente, pelo mito de decisões sempre e invariavelmente unânimes, como enganadamente se vislumbrou, por muito tempo, no controvertido art. 15 do já referido Dec. 3.708. Criatura do regime jurídico das sociedades por ações, em que, ao revés, opera o princípio majoritário, as partes de capital de natureza preferencial ou diferenciada seriam, dessa forma, incompatíveis com o regime das limitadas.

Na realidade, convém notar, o advento das ações preferenciais no direito moderno e contemporâneo resultou muito mais da forte pressão dos interesses negociais e empresariais em geral, que da abstrata e pré-ordenada capitulação legislativa. Assim ocorreu no Brasil, como dá conta eminente jurista de São Paulo,³ ao assinalar que, entre nós, a

3. Ernesto Leme, *Das Ações Preferenciais nas Sociedades Anonymas*, S. Paulo, Saraiva, 1933. Cf., tb., Waldemar Ferreira, "Sociedade Anonyma. Aumento de Capital. Ações Preferenciais. Sua Admissibilidade em Nosso Direito", in *Questões de Direito Comercial*, 1.^a série, S. Paulo, ed. Salles Oliveira, 1929, pp. 253 e ss. O inesquecível mestre transcreve, em seu lucidíssimo Parecer, expressivo de Cunha Gonçalves que, por sua oportunidade e pertinência,

experiência concreta do instituto precebeu o primeiro diploma legal a cuidar da matéria (Dec. 21.536/32). Também em outros países, teve curso a criação das ações preferenciais, mesmo sem prévia estipulação legal, sempre sob o argumento de que nada impedia sua admissão, como entre nós salientava também Waldemar Ferreira: "Diante do silêncio da lei, entretanto, não se pode deixar de considerar admissíveis, em nosso direito, as ações preferenciais. E desde que a sua emissão não ofende nenhum texto de lei escrita, convém que se não ponham à margem as regras da hermenêutica jurídica".⁴

Já se admite modernamente, a partir da sentença de Cesare Vivante, para quem a distinção era mais brilhante do que sólida,⁵ que nenhuma diferença estrutural

aqui reproduzo: "É que as leis não podem jamais indicar tudo o que é lícito fazer. As leis só põem os limites à liberdade da vontade humana. É, por isso, um princípio fundamental do direito que "é lícito fazer tudo o que as leis não proíbem"; e os contratos constituem leis entre as partes. Só a superstição da letra redonda é que pode levar à conclusão de que é proibido tudo o que a lei expressamente não permite! O silêncio da lei só pode reputar-se proibitivo quando um ato vai de encontro a um regime geral já estabelecido ou a disposições que implicitamente tal ato não admitem, o que neste caso não acontece. As leis da Itália e da Bélgica são também omissas quanto às ações preferenciais; e, contudo, já ninguém contesta hoje a legalidade de tais ações nesses países, onde são muito usadas" (ob. cit., p. 259).

4. Waldemar Ferreira, Parecer cit., p. 258. Um amplo estudo de direito comparado sobre as ações preferenciais foi conduzido pelo saudoso René Rodière, *Les Actions de Préférence en Droit Comparé*, Paris, ed. Pedone, 1978. Na síntese comparativa dos vários relatórios nacionais, observa Barthélémy Mercadal que as ações preferenciais "sont une création spontanée de la pratique" (ob. cit., p. 14).

5. Cesare Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, Milão, Francesco Vallardi, 1929, II/85.

separa as sociedades anônimas das sociedades limitadas, no que diga respeito à prioridade conferida ao aspecto pessoal da associação ou ao seu elemento capitalístico. Da mesma forma como existem sociedades limitadas com feição característica de sociedade de capitais, existem, por outro lado, sociedades anônimas que, pela importância do *intuitus personae* que nelas vigora, caracterizam-se perfeitamente, para usar do neologismo de Fábio Konder Comparato, autênticas "sociedades anônimas de pessoas".⁶

Ora, como é já cediço, nem se governam necessariamente as limitações pelo princípio totalitário, nem, por outro lado, se empresta à distinção de outrora, entre sociedades de cunho pessoal e sociedades de capitais, a importância que já teve. Quanto ao primeiro aspecto, as decisões majoritárias triunfaram, na esfera das limitadas sobre a lenda do consenso integral e absoluto.

A chamada hegemonia da decisão majoritária das sociedades por quotas, hoje reconhecidas a *una voce* pela doutrina e pela própria jurisprudência, foi, aliás, expressamente referida no corpo do Parecer 71/78, da Jucesp, a que acima fiz alusão. O princípio majoritário na sociedade por quotas, aliás, não apenas vige quanto às deliberações sociais, como também se admite nas próprias alterações

6. Fábio Konder Comparato, "Restrições à Circulação de Ações em Companhia Fechada: *Nova Et Vetera*" in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio, Forense, 1981, p. 33. Segundo Comparato, caracterizam-se as "sociedades anônimas de pessoas" pelos seguintes elementos: "1. a limitação à circulação das ações, seja no estatuto, seja em acordo de acionistas; 2. quórum deliberativo mais elevado do que o legal, para certas e determinadas questões, tanto na assembléia geral, quanto no conselho de administração, o que equivale à atribuição de um poder de veto à minoria; 3. a distribuição equitativa dos cargos administrativos entre os grupos associados; 4. a solução arbitral dos litígios societários". (ob. cit., p. 34).

do contrato social, nos termos do art. 6.º da Lei 6.939/81, o que demonstra a completa superação do modelo absolutista que se procurou enxergar nas primeiras interpretações do Dec. 3.708.

Afastadas essas possíveis objeções de base, pode-se observar que, no tocante à tipificação das sociedades, vigora universalmente a técnica jurídica da organização de um modelo legislativo, que, longe de constituir estrutura fechada e incomunicável, configura *standard* cuja estrutura normativa é cada vez menos dogmática e cada vez mais sensível à liberdade de contratar. Os fenômenos societários e seus respectivos tipos subsumem-se, como, aliás, quase todos os demais institutos de direito privado, à perspectiva funcional, de tal sorte que o estruturalismo rígido vai perdendo, se é que já não perdeu de todo, sua conformidade com a realidade econômica e social.

Como ressalta um erudito monografista, o Direito das sociedades segue uma concepção da norma jurídica como meio de realização de interesses na prática, resultando em uma visão do Direito como técnica social a serviço das necessidades econômicas.⁷ Esse caráter técnico instrumental do Direito societário atende ao que o autor espanhol denomina de polivalência funcional: "Ello quiere decir que, de acuerdo con la posibilidad que la ley ofrece a los operadores económicos de elegir el modelo de operación que mejor se ajust a sus necesidades, las figuras societarias son aplicables, en principio, a fines o funciones intercambiables, pudiéndose modificar su estatuto legal típico y adecuarlo a las exigencias del tráfico. Las estructuras organizativas no están necesariamente vinculadas a objetos específicos de actividad, son simples

Zweckformen, enormemente flexíveis em sus posibilidades de adaptación. En este sentido se habla aquí de carácter polivalente".

O já observado fenômeno do aparecimento das ações preferenciais, em diversos países, incluindo-se o Brasil, antes mesmo de prévia disciplina legislativa, responde as mesmas exigências que determinaram, afinal, o surgimento da sociedade por quotas de responsabilidade limitada: as pressões da vida prática e dos interesses dos agentes econômicos, procurando a acomodação necessária e a organização conveniente de tipos societários ágeis. De certa forma, a partir do séc. XIX, essas mesmas pressões transformam o caráter pessoal das sociedades antigas no caráter capitalista das modernas, como que atendendo-se a necessidade de pôr fim às incertezas do "Ancion Droit", a partir do Código de Comércio de Napoleão.⁹

É de se perguntar então qual seria a razão funcional que vedaria, nas sociedades limitadas, a criação de partes de capital diferenciadas, uma vez atendidas as prerrogativas originárias dos sócios e utilizadas as soluções que a lei propõe para as eventuais divergências nesse momento. Não há resposta positiva a essa pergunta: não existe nada, nem na lei nem na construção das sociedades limitadas, como modelo de organização societária, que impeça essa particularidade, da mesma forma como não se pode dizer que a desigualdade entre as quotas pudesse porventura implicar na quebra da igualdade entre todos os sócios, o que, aliás, não está previsto pela legislação aplicável.

9. Anne Lefebvre-Teillard, *La Société Anonyme Au XIX Siècle*, Paris, ed. Presses Universitaires de France, 1985, p. 3. Cf. também Henri Lévy-Bruhl, *Histoire Juridique des Sociétés de Commerce en France Aux XVII et XVIII Siècles*, Paris, ed. Domat-Montchrestien, 1938, pp. 48 e 180.

7. Luiz Fernandez de La Gandara, ob. cit., p. 15.

8. Luiz Fernandez de La Gandara, ob. cit., pp. 18-19.

As indicações concretas das experiências das sociedades limitadas no Brasil, são no sentido exatamente oposto: a) admitem-se, hoje, sem qualquer hesitação, as decisões majoritárias nesse tipo social; b) O próprio estatuto das Limitadas, o Dec. 3.708 acolhe a possibilidade da distribuição de lucros de forma desproporcional às participações de capital (o que atesta que o princípio da igualdade na percepção de dividendos não é postulado natural do direito das sociedades, mas sim decorrência específica da disciplina própria das sociedades anônimas); c) a estrutura administrativa das sociedades por quotas evoluiu, na experiência jurídica brasileira, da gestão pessoal dos sócios para o franco acolhimento das gerências delegadas e das deliberações colegiadas, inclusive sob a forma de assembléia de quotistas, regidas, elas também, pela força vinculante da maioria.

O modelo jurídico das sociedades por quotas, que nesse passo difere das anônimas, abre flexibilidade total aos sócios para a atribuição dos lucros às respectivas partes de capital. Omissos o Decreto de 1919, aplica-se à espécie o art. 302, item 4, do CCom., mercê do qual o contrato social deve indicar com precisão a parte que os sócios hão de ter nos lucros sociais, ademais, admite expressamente o CCom., em seu art. 330, a estipulação, no contrato social, da atribuição de ganhos e perdas a todos os sócios em razões não proporcionais aos seus respectivos quinhões no fundo social. Esse preceito do Código Comercial não tomou como parâmetro da atribuição de lucros a participação percentual no capital, deixando à liberdade dos sócios a definição quantitativa, conquanto que precisa. O teto dessa ampla esfera de liberdade vai ser encontrado tão-somente na vedação dos pactos leoninos em matéria societária, essa sim de ordem pública e inderrogável

pela vontade dos próprios sócios,¹⁰ na medida em que o Código Comercial fulmina de nulidade a sociedade em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só deles, ou em que algum seja excluído (CCom., art. 288).

Atendendo, portanto, ao critério funcional para a análise e interpretação do modelo das limitadas e levando em conta que a estas não repugna o caráter de autênticas sociedades de capitais, é de se perquirir sobre as razões econômicas que levaram à instituição das ações preferenciais no Brasil, como em outros países do mundo. A razão de ser das preferenciais repousa, em última análise, na distinção basilar entre sócios empresários e sócios poupadores, ambos sempre capitalistas, mas titulares, uns e outros, de interesses divergentes na proporção de sua maior ou menor participação na gestão societária ou em maior ou menor relevância de sua participação nos resultados lucrativos. Sempre que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada abraça esses dois tipos de interesses (interesses na gestão e inte-

10. Cf. a esse respeito, a posição de Vivante: "Questo patto che costituisce due categorie non è patto leonino a favore dei nuovi azionisti, come sarebbe se questi fossero esonerati da tutte le perdite, perché essi corrono il rischio di perdere i frutti del capitale e il capitale stesso, se quello conferito dai primi azionisti, che affronta i primi colpi dei creditori, non è sufficiente a pagarli. Né si può dirlo leonino, come sarebbe se attribuisse tutti i guadagni ai nuovi azionisti, perché pagato il minimo dividendo loro promesso gli altri trattengono per se sugli utili un dividendo di eguale o di più elevata misura. Questa disuguaglianza nei diritti dei soci è conciliabile colla disciplina, delle società anonime". (op. cit., pp. 211-212) Cf. tb. a esse respeito, Sylvio Marcondes, *Ensaio Sobre a Sociedade de Responsabilidade Limitada*, S. Paulo, 1940, pp. 140-141, cf., ainda, Spencer Vampré, *Tratado Elementar de Direito Commercial*, Rio, Ed. F. Briguiet, 1922, III/ 130-131.

resses nos lucros), a sociedade deixa de ser tão-somente técnica de personificação jurídica para passar a constituir técnica de conjugação de capitais, de forma e fins diferenciados. Basta que se lembre, a esse propósito, que, na Itália, as sociedades de responsabilidade limitada são consideradas sociedades de capital, exatamente porque se prestam a reunião de investidores, seja *imprenditori*, seja *risparmiatori*.¹¹

Restaria anotar que as origens das sociedades por quotas, em toda a parte, e a partir de sua criação pelo legislador alemão em 1892, veio também satisfazer necessidades universais do comércio, na medida em que se consentisse, no dizer de um autorizado autor, uma forma de sociedade que permitisse limitar a responsabilidade dos sócios das pequenas e médias empresas, sem os sujeitar ao complicado e oneroso formalismo da constituição e funcionamento da sociedade anônima, adequada às grandes concentrações de capitais mas pouco apropriada para empresas daquelas dimensões. Como assinala Antônio Caeiro: "A sociedade em nome colectivo, acarretando a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas dívidas sociais, é (e já era quando a sociedade por quotas foi criada) uma forma de sociedade imprópria para empresas que extravasem do círculo familiar ou necessitem duma dimensão já não diremos gigantesca mas apenas média, em suma, só serve para aquelas empresas cujos sócios confiem ilimitadamente uns nos outros e que não envolvam riscos avultados. A sociedade anônima, por seu turno, pela complexidade e onerosidade do seu funcionamento e pela frágil ligação dos sócios à sociedade, não

oferece a estrutura mais adequada às necessidades das pequenas e médias empresas nem a garantia de permanência dos membros que, de certo modo, lhes é indispensável, dado que, em muitas delas, a personalidade do empresário assume a maior importância".¹²

Daí a idéia de que a aproximação entre a sociedade anônima e a sociedade por quotas é muito mais intensa do que se supõe, à primeira vista. Na Itália, ficou célebre, após a edição do *Codice Civile*, a afirmação corretíssima de Antonio Brunetti, para quem a sociedade de responsabilidade limitada não passaria de uma "piccola anonima senza circolazione di azioni".¹³

Tendo em vista, portanto, que a função econômica da sociedade, enquanto técnica de organização de interesses, constitui o fator determinante da maior ou menor flexibilidade de sua estrutura de capital, verifica-se que não existe nenhuma incompatibilidade sistemática ou conceitual entre a sociedade por quotas e o regime preferencial das partes de capital. Mesmo no silêncio da lei aplicável (Dec. 3.708, de 1919), como deixei registrado, é admissível e plenamente justificável a criação de quotas preferenciais nas sociedades limitadas, nos moldes acima descritos, não existindo impedimento de ordem pública nem qualquer restrição legal que faça obstáculo a tal permissão, nos termos do

12. Antônio Caeiro, *Temas de Direito das Sociedades*, Coimbra, Livraria Almedina, 1984, p. 11.

13. Antonio Brunetti, "Riflessioni Sulla Società a Responsabilità Limitata" in *Scritti Giuridici In Onore Di F. Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, III/161. Na França, cf. Jean Hemard, "Le Rapprochement Entre le Régime des Sociétés à responsabilité Limitée et Celui des Sociétés par Actions dans la Législation Française Contemporaine" in *La Società Per Azioni Alla Metà Del Secolo XX — Studi in Memoria di Angelo Sraffa*, Padova, Cedam, 1961, III/331.

11. Francesco Galgano, *Il Contratto di Società — Le Società di Persone*, Bologna, 1971, p. 37. Cf., tb., a recentíssima obra de Pier Giusto Jaeger e Francesco Denozza, *Appunti Di Diritto Commerciale*, Milão, Giuffrè, 1989, I/99.

que já ficou assentado pela Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Para fins de referência imediata, cito, a seguir, os seguintes autores nacionais, que expressamente admitem a criação de quotas preferenciais em sociedades limitadas:

“Admite-se, doutrinária e praticamente, que os sócios das sociedades limitadas podem gozar dos privilégios “que não sejam necessariamente proporcionais à quantia das suas respectivas contribuições”. Esses privilégios podem ser de ordem econômica (maiores vantagens nos lucros, preferência em caso de liquidação) ou de ordem política, dizendo respeito ao voto dos sócios.

No nosso Direito, nada dispondo a lei sobre a matéria que deliberarem os sócios, cabe a estes estabelecer normas no contrato social, por ser assunto de ordem privada, que a todos interessa. Nessas condições, segundo o sistema jurídico que, atualmente, rege entre nós as sociedades por quotas, os sócios poderão concordar privilégios de ordem política, estabelecendo que determinada importância do capital de lugar a um certo número de votos.

Do mesmo modo, no que diz respeito aos privilégios de ordem econômica, admite a nossa lei a sua edição, visto caber aos sócios, de acordo com o n. 4 do art. 302 do CCom., fixar no contrato a parte que cada um terá nos lucros e nas perdas. Só se o contrato nada dispuser é que se considerarão proporcionais ao capital de cada sócio os lucros e perdas, nos termos do art. 330 do CCom., supletório das sociedades por quotas, pelo fato de referir-se a lei expressamente ao fato no disposto

no n. 4 do art. 302 do CCom. incorporado ao Dec. 3.708 por força do art. 2.º deste”. (Fran Martins, *Sociedade por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*, Rio, Forense, 1960, II/636-637).

“Durante muito tempo resistiu-se à possibilidade de as limitadas possuírem quotas preferenciais ou privilegiadas. Cremos que atualmente a sua aceitação está bem generalizada mesmo no Registro de Comércio. Na verdade, não existe no CCom nem no Dec. 3.708/19 vedação à existência de quotas preferenciais. A preferência pode ser na percepção prioritária de lucros ou no rateio de liquidação. O importante a acentuar é que a totalidade dos lucros não pode ser atribuída apenas a um sócio, nem seja algum deles excluído de sua participação (CCom, art. 288). (...) Somos francamente favoráveis à aceitação das quotas preferenciais nas sociedades limitadas”. (Egberto Lacerda Teixeira, *Sociedades Limitadas e Anônimas no Direito Brasileiro*, S. Paulo, Saraiva, 1987, p. 29).

“Não é de hoje que se cogita da possibilidade da existência de quotas preferenciais ou privilegiadas; se a tendência antes era no sentido negativo, parece mudar de rumo atualmente. Em verdade, não há nenhuma regra legal que justifique recusa à admissão das preferências, que, como lembra Fran Martins, podem ser de ordem econômica, como vantagens nos lucros ou na liquidação, ou de ordem política, como no voto”. (George Marcondes Coelho de Souza, “Da Quota e Alguns de Seus Problemas”, in AASP, *Sociedades Por Quotas de Responsabilidade Limitada*, S. Paulo, 1987, p. 66).

DOCTRINA

A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A independência do futuro Banco Central do Brasil*

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

1. Introdução — 2. Funções clássicas: 2.1 Introdução; 2.2 O poder monetário dos BCs — Execução da política monetária — 3. Os problemas da autonomia e da organização: 3.1 A autonomia dos Bancos Centrais; 3.2 Independência e regime democrático; 3.3 Independência dos Bancos Centrais e Desenvolvimento econômico; 3.4 Conceito e extensão da autonomia técnica; 3.5 A escolha dos administradores dos Bancos Centrais; 3.6 Quadro de pessoal profissionalizado e estável — 4. Um novo SFN — 5. Condições para a execução de uma eficaz política monetária: 5.1 A participação da sociedade nos planos de estabilidade da moeda; 5.2 O problema orçamentário; 5.3 A questão da limitação constitucional dos juros; 5.4 A crucial questão dos bancos públicos; 5.5 A necessidade de redução e simplificação da legislação financeira; 5.6 A regionalização do sistema bancário; 5.7 A separação de contas e a transparência do Banco Central perante a sociedade — 6. Um novo BCB: O sistema brasileiro de reserva (SBR); 6.1 O destino do CMN; 6.2 Alguns modelos de BCB em estudo; 6.2.1 Os Projetos Francisco Dornelles e César Maia; 6.3 As idéias do *currency board* e da privatização da moeda; 6.4 Noções gerais sobre o modelo do novo BCB na proposta do autor — 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 determinou a obrigatoriedade de uma nova estruturação do SFN em seu art. 192, como se sabe, tendo estabelecido alguns parâmetros obrigatórios, dentro dos quais se atingirá tal objetivo, no seio de uma lei complementar.

A reformulação vertente deverá ter os objetivos de promover o desenvolvimento equilibrado do País e de servir aos interesses da coletividade (art. 192, *caput*), o que é uma orientação óbvia para uma Constituição democrática.

* Monografia apresentada no concurso de acesso à Primeira Categoria de Procurador do Banco Central do Brasil, setembro de 1993.

As diretrizes constitucionais em apreço, objeto da futura lei complementar são aquelas, evidentemente, já indicadas pelo legislador constitucional, como parâmetros de atendimento obrigatório, a não ser que se faça a reformulação parcial ou total do art. 192.

À obrigatoriedade do tratamento legal dos pontos acima citados, também se torna necessária agregar-se a regulamentação dos arts. 163 e 164 da Magna Carta, a fim de completar-se de forma harmônica o conjunto de instrumentos destinados à reorganização financeira do País, de acordo com os temas expressamente ali elencados, o primeiro por lei complementar, o segundo mediante a via ordinária.

Trata-se, como se vê, de um grande trabalho a ser feito pelo legislador infra-

constitucional, servindo este estudo para discutir e apresentar algumas soluções possíveis.

Tendo em conta a vastidão do tema e as limitações impostas à amplitude do trabalho, o autor se permite o direito de determinar a quais das áreas acima dedicará a sua atenção, escolhendo as que julgar mais importantes.

Embora venham a ser tratados de forma episódica diversos dos temas referentes ao art. 192, da CF, a ênfase do autor será dada ao novo modelo político e jurídico do BCB, escolhido como cerne desta dissertação.

2. FUNÇÕES CLÁSSICAS

2.1 Introdução

De acordo com Cesare Caranza, do Banco da Itália,¹ a finalidade de todos os Bancos Centrais corresponde a procurar manter a estabilidade do valor da moeda, nos campos interno e externo, harmonizando-se o nível adequado de aquisição de moeda no país pelos seus residentes, com o valor favorável do câmbio, para efeito do bom desenvolvimento do intercâmbio comercial.

Portanto, devem os Bancos Centrais, basicamente, cuidar da administração da moeda, emitindo-a com exclusividade, implicando nessa característica o poder de controlar sua multiplicação pelo sistema bancário através da chamada "moeda escritural", utilizando-se dos instrumentos do mercado aberto para efeito do ajuste diário da liquidez, bem como do sistema do redesconto ou dos empréstimos de emergência às instituições financeiras, em ambos os casos sempre com taxas punitivas, de forma a desestimular a irresponsabilidade das empresas do mercado.

A noção das funções clássicas dos BCs indicará o campo mínimo de suas atribuições, plenamente justificadoras de sua existência, podendo se aproveitar o que diz a respeito a lei de criação do Banco do Canadá: "La Banque du Canada a pour tâche de régler le crédit et la création monétaire, surveiller et maintenir la valeur externe de l'unité monétaire nationale, atténuer par son action les fluctuations dans le niveau de la production, des échanges, des prix et de l'emploi, dans la mesure où cela est possible et compatible avec la politique monétaire".²

Daí se deduzem deviam os Bancos Centrais executar estritamente as suas funções legais, nos campos abaixo indicados, cuidando de não exorbitarem os seus limites, conforme seja:

a) autoridade completa sobre o sistema bancário, a fim de controlar o crédito em todas as suas modalidades;

b) único banqueiro do Estado, de maneira a ser-lhe possível controlar globalmente o problema da liquidez;

c) participação na elaboração e aplicação dos planos econômicos de desenvolvimento, tendo em vista as implicações inflacionárias que deles podem resultar;

d) com o fim de controlar as diversas modalidades de transferências de fundos, os Bancos Centrais devem participar do controle do mercado de valores mobiliários; e

e) os Bancos Centrais devem ter acesso a todas as informações econômicas produzidas pelos demais órgãos do Governo.

Tendo em conta as funções clássicas exercidas pelos Bancos Centrais, no direito comparado, verifica-se que eles desempenharão as seguintes atividades: emissão de moeda; concessão de autorização para funcionamento, fiscalização e intervenção nas instituições financeiras.

1. In "Anais do Ciclo Internacional de Palestras sobre a Estrutura e Funcionamento dos Bancos Centrais", p. 176.

2. Cf. Patat, Jean-Pierre, *Les banques centrales*, Sirey, Paris, 1972, p. 189.

ras; realização de operações de crédito com as instituições financeiras; compra e venda de divisas em ouro; relacionamento com o Tesouro.

Procurando esquematizar melhor as funções clássicas dos Bancos Centrais verifica-se que elas podem ser reduzidas a cinco básicas, quais sejam: execução da política monetária, emissão de moeda, banco dos bancos, banqueiro do governo e execução da política cambial.³

Não há espaço para o desenvolvimento completo dos temas acima indicados, dando-se destaque para a política monetária.

2.2 O poder monetário dos BCs — Execução da política monetária

Do ponto de vista histórico, o poder de emitir moeda não foi concedido aos primeiros Bancos Centrais por seus fundadores, tendo aquelas instituições sido criadas para emprestar recursos ao Estado e para dar sustentação ao comércio e à indústria, para o fim do desenvolvimento".⁴

Mais específica foi, ainda, a causa do nascimento do Banco da Inglaterra, ou seja, financiar a Coroa britânica na guerra contra a França.⁵

O momento histórico preciso do surgimento do poder monetário ter-se-ia dado a partir da prática segundo a qual os bancos passaram a emitir certificados de ouro representando quantidades maiores do metal precioso do que havia efetivamente em estoque.

De uma maneira geral, todos os bancos têm condições de criar a moeda escritural, mas somente os Bancos Cen-

trais deteriam o poder monetário propriamente dito, aquele de emitir a moeda obrigatória.⁶

Tanto isso é verdade, que os Bancos Centrais necessitam praticar políticas restritivas quanto aos bancos, para o fim de impedir-lhes a criação livre de moeda escritural. Entre esses mecanismos, como se sabe, contam-se a atuação no mercado aberto, a manipulação da taxa de juros no redesconto de títulos, as limitações ao crédito, o depósito compulsório etc.

Para esse efeito, os Bancos Centrais exercem superpostamente os poderes executivo, legislativo e judiciário (nos limites determinados em lei), ao autorizar o funcionamento dos bancos, ao regular e fiscalizar suas atividades, e ao julgar e aplicar as penalidades cabíveis, considerada lícita a conjugação desses papéis na esfera do Direito Administrativo.

No exercício do poder monetário, os Bancos Centrais devem colocar em circulação a quantidade necessária ao bom funcionamento dos mecanismos econômicos, significando isto que desenvolvem um trabalho permanente e dinâmico, no sentido da manutenção de um nível "ótimo" de moeda em circulação.⁷

É importante lembrar-se, também aqui, que ocorrem freqüentes choques entre os interesses do Tesouro e do Banco Central, não sendo difícil encontrar-se uma situação na qual aquele deseja obter recursos no mercado pela via de um grande lançamento de títulos públicos, enquanto este último está praticando, no mesmo momento, uma política fortemente restritiva do crédito.

Não se trata de discutir-se, neste passo, as razões do Tesouro, na busca da realização de objetivos político-econômicos do Estado, ou as do Banco Central. Cabe registrar as pressões do Tesouro sobre a base monetária.

3. Cf. Francisco Gros, "Estrutura e funcionamento do sistema financeiro nacional", palestra em 21.8.92, proferida na Escola de Comando e Estado Maior da Aeronáutica, no Rio de Janeiro.

4. Cf. Patat, ob. cit., p. 50.

5. Cf. Patat, ob. e p. cit.

6. Cf. Patat, ob. cit., p. 54.

7. Cf. Patat, ob. cit., p. 83, *passim*.

Devem, ao lado disso, esforçar-se por manter o valor de troca da moeda nacional, diante das moedas dos demais países da comunidade econômica mundial, obrigação essa derivada, inclusive, de comando do Fundo Monetário Internacional quanto aos países que dele participam.⁸

O processo de política monetária é determinado, em boa parte, pelo tipo de relações mantidas entre governo e Bancos Centrais.⁹

Considerando-se a importância do poder monetário, lembre-se da assertiva de Friedman, no sentido de que a moeda é uma coisa tão séria, que não deve ser confiada somente às mãos dos Bancos Centrais. Por esse motivo, torna-se imperiosa a criação de mecanismos institucionais de seu controle.

Por tais motivos, o poder monetário, nos regimes democráticos, não está encerrado em um único órgão, como é o caso dos Bancos Centrais nos países que os possuem. Tal poder é dividido, de acordo com a estrutura política e econômica de cada nação.

Algumas delas apresentam o poder monetário repartido entre o Executivo (representado pelos Bancos Centrais), que põem a moeda em circulação; o Legislativo, que determina a ação; e o Judiciário, que avoca o controle.¹⁰

No Brasil, como se sabe, o controle de emissão da moeda pelo Banco Central estava repartido entre órgãos do próprio Governo, como é o caso do Conselho Monetário Nacional, a quem cabia legalmente estabelecer as condições e limites para tal efeito, no regime da antiga Constituição e segundo os termos do art. 9.º, I da Lei 4.595/64.

No entanto, o controle supra parece ter sido revogado pelo atual texto cons-

titucional, pois a cabeça do art. 164 concede à União, na pessoa do BCB, a competência para emitir moeda, em caráter exclusivo, inexistindo ali qualquer restrição ou referência à autorização externa.

Se é verdadeira a interpretação acima, então foi dado um passo importante no sentido da plena autonomia do BCB. No entanto, deve-se lembrar a competência do Congresso Nacional para legislar sobre moeda e seus limites de emissão (art. 48, XIV), devendo o legislador infraconstitucional construir uma interpretação harmônica desses textos.

O art. 4.º, I, da Lei 4.595/64, dizia caber ao Legislativo autorizar o CMN, previamente — o qual, por sua vez, deveria repassar tal autorização ao BCB — a fazer a emissão de papel-moeda, apenas quando se tratasse de iniciativa destinada ao financiamento direto, por este último, das operações de crédito com o Tesouro Nacional.

As aludidas emissões, segundo o art. 49 do mesmo diploma legal, poderiam dar-se tão-somente como antecipação de receita orçamentária, baseada na lei própria.

Com o novo regime constitucional, conforme visto há pouco, os dois artigos da Lei de Reforma Bancária aos quais se fez referência, não teriam sido recepcionados, baseando-se o poder de emitir moeda, no sistema em vigor, pela combinação dos arts. 48, XIV e 164 da CF.

3. OS PROBLEMAS DA AUTONOMIA E DA ORGANIZAÇÃO DOS BANCOS CENTRAIS

Os Bancos Centrais costumam estar subordinados a um regime jurídico diferenciado, inclusive e principalmente no tocante ao *status* de seus administradores e ao seu quadro funcional, que não se rege pelo estatuto dos funcionários públicos, especial quanto às demais organizações do Estado. Quanto aos primeiros, há regras sobre sua nomeação

8. Cf. Patat, ob. cit., p. 83.

9. Cf. Tamagma, Frank, "La banca central en America Latina", CENLA, México, p. 191.

10. Cf. Patat, ob. cit., p. 49.

e destituição, destinadas a completar o esquema destinado a dar-lhes autonomia. Quanto aos funcionários, é importantíssimo que sejam escolhidos e treinados pelos próprios órgãos, sendo desaconselhável o aproveitamento livre de servidores do Poder Público, do que decorreria o perigo da existência de pressões políticas no preenchimento de funções e da contratação de funcionários tecnicamente desqualificados para as importantes funções da instituição.

Os Bancos Centrais têm suas funções fixadas em lei, a começar da própria Constituição, como é o caso brasileiro, mesmo em se tratando daqueles de natureza privada, a exemplo do Sistema Federal de Reserva, dos Estados Unidos da América.

Por absoluta falta de espaço, não se poderá, sequer, fazer um resumo dos modelos dos Bancos Centrais no direito comparado, remetendo-se o leitor para a bibliografia específica, indicada no lugar próprio.

3.1 A autonomia dos Bancos Centrais

Antes de nos debruçarmos sobre o modelo brasileiro de Banco Central, atualmente colocado como órgão executivo de cúpula do SFN, devemos, atentar para o problema da autonomia dos Bancos Centrais, e quais os caminhos que devem ser trilhados para identificar seu nível adequado e sua institucionalização em nosso regime jurídico.

Esse aspecto deve ser estudado sob alguns ângulos diversos, referindo-se à independência técnica dos Bancos Centrais na formulação e execução da política monetária, e à forma de indicação de seus administradores. Falar-se-á, neste ponto do trabalho, da necessidade de independência, do Banco Central seja em relação ao próprio governo do qual é parte, mas, também, quanto ao Congresso, dentro de limites legais a serem expressamente estabelecidos.

Para um tratamento mais abrangente, falando-se em reforma financeira sob um aspecto mais amplo, verifica-se que ela, além da independência propriamente dita do BCB, deveria passar, também, pelo tratamento das relações entre as instituições financeiras da União e pelo saneamento das contas dos governos federais e estaduais, principalmente, quanto a estes últimos, dos seus bancos.

Não se pode olhar para a autonomia do BCB com uma fórmula mágica cuja adoção porá fim automaticamente aos nossos problemas inflacionários. Ela é, apenas, um dos componentes de toda uma variada gama de soluções a serem implantadas no seio da economia nacional para chegar-se àquela finalidade. Mas é, sem dúvida alguma, um dos pontos mais importantes da luta contra o processo inflacionário.

Diante de um Banco Central independente, os governos perdem espaço para a execução de políticas meramente eleitorais ou desenvolvimentistas deficitárias, aumentando o cuidado com as contas públicas, uma vez que não poderão ser socorridos pelo banco emissor, dotado de monopólio efetivo nessa área. No caso brasileiro, trata-se de retirar o poder emissor indireto do Tesouro Nacional, das instituições financeiras federais e estaduais, e do Congresso, que o exercem por via do endividamento público.

Frise-se, ainda, ser a independência dos Bancos Centrais decorrente, mais do que de normas legais, da estrutura sociopolítica e cultural de cada país, sendo essas últimas as condições prévias para que a lei instituidora da autonomia do órgão, caso exista, possa realmente funcionar diante de pressões governamentais e políticas, mormente aquelas advindas das Casas Legislativas, onde, freqüentemente, existe preocupação maior e mais imediatista com o contentamento dos eleitores por via de medidas populistas, do que com a estabilidade econômica e financeira do País.

Dentre essas pré-condições, podem ser relacionadas as seguintes, conforme já aventado por alguns estudiosos:¹¹ a) conscientização nacional sobre a necessidade de um Banco Central independente; b) amadurecimento da classe política e dos membros do governo em ter como alvo de sua atuação um quadro de equilíbrio orçamentário e fiscal, não causando o endividamento público deficitário; c) existência de um quadro de estabilidade macroeconômica, propício a reduzir ao mínimo possível as incertezas da economia e operar no sentido da estabilidade monetária e d) prática de uma política fiscal adequada, não sendo possível aos Bancos Centrais controlar o processo inflacionário e a estabilidade da moeda se houver desequilíbrio nas contas do governo, com o surgimento de déficit público.

Há uma grande batalha em todo o mundo no tocante ao alcance, pelos Bancos Centrais, de sua autonomia quanto ao governo e às linhas políticas traçadas por esse. Para esse efeito, procura-se construir mecanismos apropriados a impedir interferências externas na condução das tarefas daqueles bancos.

No entanto, conforme bem observa Caranza,¹² não basta a simples existência de uma legislação apropriada para que haja plena separação entre Bancos Centrais e Governo. Ela será uma realidade a partir da própria tradição da instituição, da sua conduta durante vários anos, de forma que vá adquirindo o respeito da nação. Diz aquele comentarista, dentro de uma visão negativista do tema, que é difícil erigir um sistema isento de pressões dos políticos, do governo e das instituições de crédito. Se houver vontade política indevida, mesmo inexistindo uma porta por onde

intrometer-se nos Bancos Centrais, isso se fará pela janela.

Portanto, como se disse acima, inexistia uma panacéia segura, mas há certos caminhos adotados por outros países, que podem ser objeto de estudo para efeito de se estudar uma alternativa de independência do BCB.

A plena independência do "Deutsche Bundesbank", por exemplo, deu-se após as penosas experiências de hiperinflação na Alemanha, tendo o povo alemão perdido todas as suas economias por duas vezes em menos de trinta anos. Seria muito sábio por parte do Brasil — mediante a vontade do Congresso — não precisar passar por dificuldades ainda maiores do que as já experimentadas, sendo o caso de promover-se a antecipação da autonomia do seu Banco Central para evitar aqueles males e fazer com que ele pudesse determinar medidas eficazes no sentido efetivo da quebra do problema inflacionário no País, fazendo o guardião real da moeda brasileira.

Há efeitos econômicos extremamente importantes, assim caracterizados a partir da independência dos Bancos Centrais. Nesse sentido, Alberto Alesina fez um estudo comparativo de várias instituições da espécie, montando uma escala comparativa da autonomia dos Bancos Centrais, tendo sido classificados como mais dependentes os da Itália e da Nova Zelândia.¹³ Como mais autônomos foram computados os da Alemanha e da Suíça.

Ora, no estudo em causa aquele autor verificou, por exemplo, que nos países onde os Bancos Centrais são mais independentes, são menores as taxas de desemprego, fato do qual se infere a enorme importância da credibilidade das políticas econômicas, nas quais chega-se a uma boa estabilidade de preços com custos sociais muito menos significativos.

11. "Sistema Financeiro Nacional — Diagnóstico e sugestões para reforma", FIPE/USP, versão n. 3, p. 79.

12. "Anais", pp. 173-174.

13. FIPE/USP, ob. cit., p. 76.

Durante os trabalhos da última Assembleia Nacional Constituinte muito se discutiu a respeito da idéia de um BCB independente, não tendo se chegado, no art. 192 da CF, nem sequer à construção de parâmetros voltados para tal objetivo. Talvez as razões para essa posição tenham se referido às grandes dificuldades de se identificar o perfil mais adequado para um novo Banco Central brasileiro. Tal situação é facilmente perceptível a partir do levantamento de algumas das posições discutidas nos debates da Constituinte, adiante expostas de forma resumida, conforme constam de registros daquelas reuniões, efetuados pelo próprio BCB:¹⁴

a) o BCB com um órgão dotado de subordinação relativa

Essa posição, apresentada por Hélio César Bontempo, parte do ponto de vista de que seria fantasioso imaginar-se que o BCB pudesse ser uma instituição de natureza especial, colocada acima das nuvens, isolada dos conflitos sociais e das paixões políticas. Assim sendo, o órgão deveria estar sujeito a mecanismos de controle quanto à política econômica por ele exercida, com seu raio de ação limitado, apresentando contas transparentes. Como resultado dessa estrutura, a opinião pública estaria devidamente informada sobre a destinação dos recursos federais e a natureza do déficit público.

É certo, conforme já foi visto acima, que os Bancos Centrais não podem revestir-se da qualidade de instituições completamente desligadas do restante da sociedade, exercendo sua atividade sem qualquer consideração com os demais órgãos de natureza econômica.

De outro lado, o enfoque sob exame privilegia, no BCB, apenas a função de caixa do Tesouro, de maneira que se

possa identificar com clareza a situação das contas do governo. Já se verificou que os Bancos Centrais voltam-se, em suas funções clássicas, para uma gama maior de atividades do que a supra-referida.

Finalmente, concordando-se em parte com a sugestão sob exame, reconhece-se ser necessário o estabelecimento de normas respeitantes ao exercício da competência do BCB quanto à execução da política monetária, e o problema está, justamente, na maneira pela qual esse controle pode ser exercido sem que aquele banco perca a flexibilidade necessária ao bom exercício de suas atividades nesse campo e, de outra parte, não fique submetido a pressões governamentais de natureza inflacionária.

Na mesma linha de pensamento, coloca-se o Prof. Carlos Eduardo de Carvalho, para quem a proposta de um BCB independente objetivaria, no fundo, retirar os controles do Ministério da Fazenda sobre aquela instituição, para torná-la ainda mais vulnerável às pressões dos grandes conglomerados bancários e do setor financeiro em geral, o que não interessaria à sociedade civil.

Na opinião daquele economista, o BCB já gozaria de mais autonomia do que se supõe, dotado de grande margem de atuação, escapando a qualquer controle do executivo, não prestando contas de seus atos a ninguém e nem agindo com base em parâmetros fixados pela legislação do sistema financeiro. Assim sendo, a discussão real deveria girar sobre os mecanismos de controle eficientes e democráticos, orientadores das autoridades monetárias do País, fazendo-se, ainda, com que toda a direção do BCB fosse desvinculada do sistema financeiro privado, de modo a evitar-se pressões dos banqueiros.

Rememorando-se o passado recente, verifica-se que, somente no atual governo, o BCB teve quatro presidentes até agora, o que concorreu para mudanças

14. V. "Linha Direta", órgão de divulgação interna do BCB, Ano VI, n. 58, maio/87, pp. 3, 4 e 8.

frequêntes em toda a sua diretoria. Não se poder dizer, portanto, que o órgão seja independente, ao menos do poder executivo. É contra essa ingerência desmedida, entre outros motivos, que se fala em dotar a instituição de independência, a partir do estabelecimento de mandatos fixos para o corpo diretivo.

A suposta vulnerabilidade às pressões do setor financeiro seria vencida também pela existência de mandatos fixos e pela imposição de regras legais a respeito de prazos de incompatibilidade anteriores e posteriores ao exercício do cargo de diretor do Banco, solução bastante conhecida e praticada no direito comparado.

De outra parte, a existência de autonomia não significa possa o BCB deixar de prestar contas de sua atividade à sociedade como um todo, a partir de regramento voltado para a elaboração de uma contabilidade transparente e da entrega de relatórios periódicos a outros órgãos do governo, ao Tribunal de Contas da União e ao Congresso.

Não se discute a respeito da necessidade de haver uma atuação harmônica dos Bancos Centrais e do governo, relacionando-se de forma adequada as políticas econômica e monetária. O problema está em como se chegar a tal resultado sem que o BCB continue refém do governo.

A proposta da criação de um indefinido organismo de controle social levaria à superposição de mecanismos de controle, com elevação de despesas e emperramento da atuação do BCB. Esse instrumento seria uma demasia no sistema constitucional e legal já existente, podendo ser perfeitamente alcançados os seus objetivos se o Congresso, dotado do poder de fiscalizar de maneira geral o BCB, venha a ser, efetivamente, um poder representativo da sociedade, ao qual se aliaria um Tribunal de Contas da União mais atuante, a tudo se soman-

do o estabelecimento de mecanismos de controles designados para o próprio Executivo.

O *board* do BCB, composto pelo Conselho de Governadores ou do seu Conselho Deliberativo, conforme será objeto de considerações mais à frente, de acordo com a composição que se lhe der por lei, exercerá um eficaz controle do BCB, levando-o a atuar limitadamente dentro do seu campo legal de competência. A esse mecanismo pode se juntar a colaboração de comissões consultivas, formadas por diversos segmentos da sociedade, cuja existência está prevista na lei que criou o BCB, que atuariam junto ao CMN, mas cujo funcionamento foi sempre esvaziado.

Para Celso Furtado, não haveria fundamento na adoção de uma política monetária desvinculada da política fiscal e seria irreal a possibilidade de existir um corpo de técnicos — dentro de um BCB independente — agindo por conta própria, em desacordo com as autoridades que comandam a política econômica. Para esse festejado autor, seria importante estabelecer-se uma política econômica discutida e aprovada pelo Congresso Nacional, executada pelo BCB dentro de regras fixas e parâmetros preestabelecidos.

Verifica-se, no entanto, contrariando a opinião acima, que, em todo o mundo, os Bancos Centrais têm sido encarregados, justamente, da execução de uma política monetária independente da política econômica, como arma verdadeiramente eficaz para o combate à inflação, não se deixando as instituições da espécie influenciar por políticas econômicas deficitárias.

De acordo com o que se pode facilmente verificar, a corrente acima tem sido defendida por representantes da esquerda, para quem o Estado centralizador inclui um Banco Central vinculado estreitamente ao Executivo.

b) O BCB como órgão representativo de um quarto poder

Para Mário Roberto Simonsen, o BCB deve estar desvinculado do Ministério da Fazenda, gozando de autonomia bastante profunda, a partir do estabelecimento de mandatos fixos para os seus administradores, exercendo um quarto poder — o emissor ou monetário — ao lado dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Ao BCB assim constituído caberia a responsabilidade pelo comando da política monetária, o controle das taxas de juros, a negociação da dívida externa, funcionando como um freio contra a inflação e obrigando o Estado a definir suas prioridades e orçamentos. Para aquele douto professor, um Banco Central independente é recomendável nos regimes presidencialistas, mas indispensável em regimes parlamentaristas.

Essa opinião é compartilhada por Francisco Gros, ex-presidente do BCB.

Na medida em que a inflação brasileira, depois de vários choques heterodoxos aplicados na economia, permanece em patamares elevados e insustentáveis, uma das saídas buscadas para a solução definitiva de tal problema está, justamente, em estabelecer um órgão que possa tomar medidas radicais de controle monetário, colocado acima de quaisquer tipos de pressões políticas, não se esquecendo que a adoção de tal modelo será grandemente ineficaz se não for acompanhada de forte reforma fiscal.

Mas um BCB efetivamente independente poderá ser — tão-somente ele — a causa eficiente da adoção de uma reforma fiscal de envergadura, pois não restará ao governo outra solução, uma vez que estará impedido de financiar inflacionariamente o seu déficit.

Verifica-se, pelo acima exposto, estarem na linha de defesa de maior autonomia do BCB economistas de

concepção monetarista, os quais, segundo Newton Marques,¹⁵ pretendariam trocar a atual política endógena (ou passiva), ora executada pelo BCB, por uma política exógena (ou ativa), considerando-se que a inflação seria o mero resultado da emissão de moeda satisfazendo os desejos hedonísticos do poder público, provocando a desestabilização econômica.

Para o autor acima comentado, esses economistas monetaristas estariam se esquecendo que o Estado assumiu o ônus dos ajustes do setor interno e externo da economia brasileira, adotando política salarial restritiva, medidas tributárias e imposto inflacionário. Assim sendo, a questão fundamental não estaria na imposição de limites quantitativos à moeda e ao crédito — fundamento utilizado para a defesa da autonomia do BCB —, uma vez que política monetária deveria sempre harmonizar-se com os objetivos da política econômica global e não o contrário. Disso decorreria que a independência do BCB não chegaria, por si só, a ser condição necessária e suficiente para garantir a estabilização da economia.

Da exposição das correntes em jogo, acima referidas, concluiu-se que, de um lado é combatida por setores significativos a adoção de um modelo de BC independente e, de outro, que há linhas diversas de pensamento entre os idealizadores de um órgão autônomo, variando as suas características, sendo idealizados órgãos efetivamente independentes por alguns e sendo proposto um BCB “independente, mas sem autonomia”, por outros.

Em seguida, serão apreciados alguns outros aspectos relacionados com a independência dos Bancos Centrais.

15. Cf. “Autonomia do BC”, “Linha Direta”, já cit., n. 58, p. 4.

3.2 Independência e regime democrático

É evidente estar a autonomia dos Bancos Centrais inafastavelmente ligada à existência de um sistema democrático, onde se respeite a independência harmônica dos poderes.

O problema em causa tem uma abrangência extrema, pois não se reduz as relações entre BCs e governo ou Congresso. Para falar-se em efetiva autonomia dessas instituições, deve-se colocar, como condição prévia, no plano democrático, o funcionamento equilibrado e estável dos poderes executivo, legislativo e judiciário, onde haja independência e harmonia. Esses fatores devem estar ajustados no Brasil, ao regime presidencialista, ao menos por um período indefinido, pois foi essa a opção adotada no plebiscito ultimamente realizado entre nós.

Mas, criando-se a autonomia do BCB, existe em certos meios a preocupação de não se permitir o aparecimento de um quarto poder, que seria altamente perigoso para a estabilidade econômica, e do qual se imagina surgiria o confronto entre as políticas monetária e fiscal.¹⁶

Os Bancos Centrais não têm como contrapor-se às imposições de um Poder Executivo ditatorial, submetendo-se sem alternativa às determinações dos governantes. Deve-se ter em mente, quando se fala em democracia, na sua existência efetiva e não meramente formal, como aquela que o Brasil experimentou em certos períodos da Revolução de 1964, na qual muitas vezes o Congresso foi apenas um instrumento

esvaziado de poder, subserviente às determinações governamentais, ora pela força, ora em virtude de ter sido, quanto a maioria de seus participantes, cooptado pelo Governo, formando um partido majoritário meramente cumpridor de ordens superiores, em troca de favores políticos.¹⁷

Lembre-se, entre outros exemplo, da supressão da autonomia do Banco Central alemão por Hitler, em 1939, como efeito dos protestos da diretoria daquele órgão contra o financiamento orçamentário do sistema nazista e a inflação dali decorrente.¹⁸

O verdadeiro regime democrático é caracterizado pela existência de um sistema de freios e contrapesos entre os diversos poderes e, no caso dos Bancos Centrais, pela utilização de alguns mecanismos necessariamente existentes e conjugados entre si, começando pelo estabelecimento de fronteiras muito bem definidas quanto às atribuições do próprio órgão, do governo e do Congresso, e passando pela impossibilidade da demissão *ad nutum* dos seus diretores pelo Chefe de Governo que se julgar contrariado no exercício de sua política ou nos seus caprichos.

Não é difícil imaginar-se situações em que o Congresso e o governo desejem adotar políticas diversas daquelas estipuladas pelo Banco Central, nos campos financeiro, cambial e monetário, de caráter inflacionário, surgindo, então, um impasse político grave.

Assim sendo, não basta, para o fim de se criar um Banco Central verdadeiramente autônomo, somente regulamentar o art. 192 da Lei Maior, mas torna-se necessário estabelecer um verdadeiro monopólio da função monetária em fa-

16. Conforme a opinião do Dep. Osmundo Rebouças, "Anais", p. 279. Segundo os defensores dessa corrente de pensamento, a política monetária deve sempre estar atrelada à política fiscal. A esse respeito já se falou do perigo de se causar inflação a partir de uma política fiscal de endividamento e desenvolvimentista.

17. Sobre esse assunto, v. o depoimento de Dênio Chagas Nogueira, a respeito de sua renúncia ao cargo de presidente do BCB, in "Anais", pp. 231-232.

18. Cf. Dudler, in *Anais*, p. 9.

vor do Banco Central e sua completa isenção quanto a programas desenvolvimentistas inflacionários encetados pelo governo, ou com relação à irresponsabilidade do Congresso, no tocante à elaboração do orçamento fiscal.

A independência do Banco Central tem a ver, também, com a freqüente necessidade da tomada de rápidas decisões em um mercado onde as mudanças ocorrem em grande velocidade e que sofre reflexos imediatos de diversos setores externos, tais como as alterações de taxas de juros nas praças internacionais e os movimentos internacionais de capitais, na busca de melhor rentabilidade e de mais segurança.

Em circunstâncias como as acima expostas, não se pode aguardar legislação advinda de um Congresso formado por quinhentos e quarenta membros, extremamente lento em suas decisões — as quais, ainda, são determinadas pela correlação das forças políticas do momento — ou do Poder Executivo, mediante a edição de medidas provisórias, dependentes de futura aprovação pelo Congresso. A respeito dessa última alternativa, tem-se verificado a perda da eficácia das medidas provisórias, por não se terem convertido em lei no prazo legal, ou sua recusa pelo Legislativo.

O inverso dessa situação, também condenável, opera pela acumulação de uma grande quantidade de poderes nos Bancos Centrais, no campo das políticas creditícias e monetárias, idéia a qual se acrescenta a inexistência de subordinação do órgão a qualquer outro, com o desmedido crescimento do seu poder discricionário.

Já se falou bastante dos problemas das instituições financeiras públicas com relação a aspectos da descontrolada emissão de moeda escritural por via da criação de déficits orçamentários. Ora, o regime democrático paga o preço da estabilidade pelo estabelecimento de mecanismo de freio e contrapeso entre os seus diversos órgãos. Um desses

mecanismos corresponde a um Banco Central centralizado e independente e a permissão da existência de instituições financeiras públicas — principalmente essas — dependente de estarem subordinadas ao primeiro, inteiramente obedientes ao rígido controle monetário que venha a ser determinado.

A posição de preeminência ocupada pelos Bancos Centrais sobre a totalidade das outras instituições financeiras de cada país não significa a quebra do sistema federativo, mas, antes, o aval necessário à manutenção da unidade nacional pelo vínculo de uma moeda estável e aceita por toda a comunidade.

3.3 Independência dos Bancos Centrais e desenvolvimento econômico

Tem-se contestado a idéia de um Banco Central independente para países que se encontrem em fase de desenvolvimento econômico. Nessas situações a posição estritamente monetarista daqueles órgãos se chocaria com os interesses do governo, sabendo-se que muitos Bancos Centrais têm exercido um significativo papel desenvolvimentista, como tem sido o caso, até época recente, da instituição brasileira.

O desenvolvimento não pode estar baseado em emissões deficitárias de moeda, pois essa prática causa inflação, a qual, como se sabe, atinge justamente as classes sociais economicamente mais fracas, que não têm condições de mínima defesa contra a perda do valor monetário, como o fazem outros segmentos mais abastados da sociedade, por meio da aplicação de recursos financeiros em operações de curto prazo, ou pela fuga para o dólar e o ouro.

Ora, assim sendo, a inflação provocada com fins desenvolvimentistas, tem efeito justamente oposto ao desejado, pois leva os pobres a ficarem em situação ainda pior e torna em proletários os membros da classe média.

Por esses motivos, com maior razão devem os países em desenvolvimento adotarem o modelo do Banco Central independente.

Deve ser lembrado, a propósito, o que já foi dito acima sobre as limitações constitucionais estabelecidas quanto ao BCB, no sentido de impedir que ele financie o déficit do governo.

3.4 Conceito e extensão da autonomia técnica

Em primeiro lugar, a autonomia dos Bancos Centrais não deve ser confundida com uma plena independência porque, afinal de contas, ele é um órgão que executa parte da política econômica do governo e deve estar sintonizado com este em algumas áreas fundamentais.¹⁹

Uma coisa é certa, os Bancos Centrais nunca devem estar sujeitos à intervenção do Estado, sendo essa uma norma costumeira nas leis que os regem.²⁰

Para Tamagma, é um tanto mítico o conceito tradicional, segundo o qual se considera os Bancos Centrais como entidades independentes do governo. A essa visão se opõe a da admissão de uma dependência política e de fato daqueles órgãos em relação ao Tesouro. Segundo o mesmo autor, as duas posições são incorretas porque, de um lado, deixam de reconhecer a posição legal e o papel correspondente aos Bancos Centrais, na

formulação da política monetária, dentro de uma estrutura governamental. De outra parte, não levam em consideração a diferença conceitual e prática entre as políticas e as funções fiscais e monetárias.²¹

Portanto, a independência do novo BCB deve ser formulada mediante a quebra legal da tradição do País, retirando-se do Governo a ingerência total sobre a instituição em causa.

Não há uma regra fixa ou genérica quanto ao grau de autonomia dos Bancos Centrais e suas funções no tocante à política monetária. O estudo do direito comparado indica que, nos Estados Unidos, na Alemanha, no Japão, na Itália, na Coreia e no Chile, os Bancos Centrais tanto formulam quanto executam. Já na Inglaterra, na França, no México e na Argentina, somente executam, mas não formulam.

No Brasil, o BCB não formula a política monetária, a qual cabe, em parte ao CMN, em parte ao Tesouro e em parte ao Congresso Nacional, regulada por um sistema legal bastante confuso, conforme disposto na Constituição Federal (arts. 21, VII; 48, XIII e XIV; 163, I, II e IV; e 164) e na Lei 4.595/64 (arts. 3.º, I a II; 4.º, I a VII, IX a XII e § 2.º; art. 10, I a V e XI; e art. 11, II e V; etc.). O regime era praticamente idêntico ao tempo da vigência da EC n. 1/69.

Evidentemente, os Bancos Centrais do primeiro caso, acima, são mais independentes do que os do segundo. Deve-se observar, no entanto, que a Inglaterra apresenta uma situação ímpar, pois as relações ali mantidas entre o Governo, o Tesouro e o seu Banco Central pautam-se por tradições rígidas de não interferência em área alheia.

A gravíssima situação inflacionária atravessada pelo Brasil, de natureza praticamente institucional, requereria um

19. Nesse sentido, assim se expressa Jean-Pierre Patat: "Mais l'indépendance de la Banque Centrale doit être explicite: elle ne signifie pas que la Banque Centrale puisse mener en toute liberté la politique qu'elle juge bonne, hypothèse déraisonnable: même la loi allemande, si soucieuse d'éviter les pressions des pouvoirs publics sur la Banque Centrale, prend bien soin de préciser que la Banque est tenue de soutenir la politique économique du gouvernement. Alors, que signifie cette indépendance? N'est-elle qu'une clause de style? Disons qu'il s'agit plutôt d'une clause de sauvegarde" (ob. cit., p. 72).

20. Cf. Patat, ob. cit., p. 71.

21. Ob. cit., p. 197.

nível elevado de autonomia para o seu novo Banco Central, somando-se nesse órgão, necessariamente, as funções de formulação e execução da política monetária.

Politicamente, os Bancos Centrais não são nem podem ser órgãos neutros, mesmo que independentes quanto ao governo, no tocante à formulação e execução das atribuições de sua competência. Há tomadas de posição a serem feitas, a partir, por exemplo, da escolha entre uma ou outra políticas de juros. Isso indica a inexistência de neutralidade.

Já a autonomia da instituição significa poder discordar publicamente do governo quanto a políticas monetárias julgadas errôneas. Foi o que aconteceu recentemente com o "Bundesbank", contrário à decisão política do governo de Bonn, no sentido da troca da moeda da antiga Alemanha Oriental ao par do marco alemão. Além de não aceitar aquela orientação, manifestou-se publicamente contra ela, sem que isso tivesse (ou pudesse ter) reflexos do governo na mudança dos administradores da instituição. Mantida a decisão do governo, instalou-se logo em seguida uma grave crise, para cuja solução o "Bundesbank" teve de aumentar as taxas de juros, buscando impedir uma explosão inflacionária, mesmo às custas de se causar uma recessão na Alemanha.²²

O problema da autonomia está na definição das fronteiras onde terminam as ingerências do governo e começa o poder discricionário do BC.²³

22. Cf. *O Estado de São Paulo*, de 8.9.93, p. 3, "Afastar a Política do Banco Central".

23. A esse respeito, assim manifesta-se Patat: "Un équilibre aussi subtil peut être obtenu en donnant aux dirigeants de Banques Centrales, bien qu'ils soient nommés par les pouvoirs publics, la conscience qu'ils peuvent et doivent allier au sens de l'intérêt public l'indépendance d'esprit et le sens critique".

Essas fronteiras, juntamente com as atribuições do Banco Central, devem ser necessariamente criadas por lei, para que possa haver eficácia no desempenho do órgão. Embora exista quem defenda a desnecessidade de um estatuto legal para tal efeito,²⁴ sabendo-se, no entanto, que sem ele inexistem as garantias e a segurança necessárias para o efetivo funcionamento dessas instituições.

Há um reconhecimento geral no sentido de que os Bancos Centrais devem ser órgãos públicos autônomos, embora não independentes do governo, que os cria e ao qual pertencem.²⁵

O governo deve participar da formulação da política monetária; tem a prerrogativa da designação dos diretores dos Bancos Centrais; tem uma representação no seio dos órgãos encarregados de traçar a política econômica, com direito de veto. Por sua vez, buscando uma harmonia entre si e o Governo, os Bancos Centrais são representados nos órgãos governamentais encarregados de traçar a política econômica.²⁶

24. Esse é o pensamento, por exemplo, de Mailson da Nóbrega, sendo o qual, a independência dos Bancos Centrais decorreria da existência de uma percepção da sociedade (principalmente da classe política) sobre a necessidade daquela característica, do que de um mandato constitucional ou legal para tal finalidade. É claro que enquanto a sociedade não desejar ou sua estrutura político-econômica não o permitir, jamais um Banco Central poderá ali alcançar sua independência. No entanto, somente a vontade da sociedade não é suficiente, pois os poderes executivo e legislativo, quando não encontram obstáculos legais, frequentemente atacam a política adotada por aqueles órgãos, esvaziando-a os seus efeitos (*apud* FIPE/USP, *ob. cit.*, p. 79).

25. Cf. Tamagma, *ob. cit.*, p. 20.

26. Cf. Tamagma, *ob. cit.*, pp. 20-21 e 198. A esse propósito, assim se expressa esse autor em outro ponto: "El proceso de la política monetaria, aparte de las facultades estatutárias y dela organización administrativa, se determi-

Dessas relações equilibradas e harmoniosas decorrem a estabilidade da moeda e o desenvolvimento econômico: nenhuma economia pode crescer com segurança e sem contradições internas caso não haja moeda estável e, de doutra parte, a estabilidade da moeda depende do equilíbrio e do bom desenvolvimento econômico.

Por esse motivo, há consultas frequentes e regulares entre os dirigentes dos Bancos Centrais e os órgãos governamentais responsáveis pela política econômica e financeira,²⁷ não podendo estes se intrometer na responsabilidade do Banco Central quanto a moeda, da qual é o guardião.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, há, no campo das relações com o Executivo, reuniões regulares entre representantes do "Federal Reserve" e o Secretário do Tesouro, nas quais se discutem as políticas financeira, monetária e orçamentária, não havendo, contudo, influência por parte do Tesouro nas decisões a serem tomadas. Há também reuniões entre o Presidente do "Federal Reserve Board" e o Presidente do Conselho de Consultores Econômicos, para o fim de discutirem aspectos da política financeira.²⁸

A independência do Banco Central americano foi testada recentemente, em 1988, quando houve pressões por parte da Administração Federal, no sentido da atenuação da política monetária praticada, então, pelo "Federal Reserve", tendo este se mantido firme em sua posição, mesmo diante de forte assédio da imprensa.²⁹

na em buena parte por el tipo de relaciones que se mantengan entre los miembros del gobierno y los funcionarios ejecutivos del banco central. A este respecto, son de significación especial no solamente la influencia positiva, sino también la acción negativa que el gobierno decida ejercer sobre el banco central" (p. 191).

27. Cf. Patat, ob. cit., p. 20.

28. Cf. Simpson, "Anais", pp. 214-215.

29. Cf. Simpson, ob. cit., 215-216.

Mas não só do governo devem ser os Bancos Centrais independentes, como também, em certa medida do próprio Poder Legislativo. Isso não significa criar-se um poder superior dentro do sistema, mas que o próprio Congresso se auto-estabeleça limites legais no campo da política monetária, dando liberdade de exercício ao órgão dela encarregado.

Examinando-se a Constituição Federal em vigor, nota-se que ao Congresso Nacional compete legislar sobre todas as matérias de competência da União e, especialmente, sobre operações de crédito, dívida pública, emissões de curso forçado, matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações, moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal (art. 48, *caput* e incs. II, XIII e XIV).

Tendo em conta os dispositivos supra-referidos, percebe-se existir certa contradição interna na Constituição, no campo da competência do Congresso Nacional sobre os assuntos enumerados no parágrafo anterior e as limitações estabelecidas pelo art. 164 da Lei Maior, no tocante à emissão de moeda e às relações do BCB com o Tesouro. Se inexistisse contradição, então o Poder Legislativo, ao cuidar das matérias supra, somente poderá fazê-lo dentro dos limites do art. 164. Além desses limites, a atuação do Congresso dependeria de mudanças na Magna Carta, por meio de emenda. Essa última interpretação possibilitaria o funcionamento autônomo do Banco Central, embora em condições ainda insatisfatórias.

A solução definitiva do problema estaria em reforma da Constituição, de maneira a que ela reservasse as matérias do art. 48, incs. II, XIII e XIV para Lei Complementar, não deixando o legislador ordinário campo para atuar nessas áreas, as quais entrariam em conflito com as atribuições de um Banco Central

autônomo, cujas atribuições serão estabelecidas em texto de nível mais elevado, conforme dispõe o art. 192, IV da Magna Carta.

3.5 A escolha dos administradores dos Bancos Centrais

Cabe ao governo, de maneira geral, nomear os dirigentes dos Bancos Centrais, de forma direta ou indireta, sendo esse um ponto importantíssimo no que diz respeito à plena independência daquelas instituições, fundamental para o exercício pleno de suas atividades institucionais.

Os dirigentes dos Bancos Centrais são geralmente nomeados para o cumprimento de mandatos longos, conforme disposto nas leis que os regulam. Essa estabilidade tem o sentido, por um lado, de garantir sua lealdade ao órgão, fazendo com que seu interesse pessoal se identifique com o daquele. Mas, de outra parte, ainda mais importante, está na capacidade de resistir às pressões políticas do governo, negando-se a cumprir determinações que entendam não serem de interesse público.

Esse sistema, em seus aspectos básicos, está preconizado pelos projetos César Maia e Dornelles.

Nos Estados Unidos da América, os membros da Junta de Governadores do Sistema Federal de Reserva são indicados pelo Presidente da República para exercerem mandatos de 14 anos, não coincidentes, havendo substituições a cada 2 anos. Dessa maneira, procurou-se tornar a Junta independente quanto as pressões de curto prazo do Governo, permitindo ao órgão, executar metas sob uma perspectiva temporal mais ampla.³⁰

A nova Carta Magna brasileira destinou ao Senado Federal a competência privativa para aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a

escolha do presidente e dos diretores do BCB (art. 52, III, *d*). Essa medida, embora tenha sido um significativo avanço sobre o regime anterior, não ficou completa, porque não foi acompanhada pela fixação de mandatos fixos, podendo a demissão dos administradores daquela instituição ser feita *ad nutum* pelo Presidente da República — o que tem freqüentemente acontecido (Lei 6.045, de 15.05.84, art. 5.º), fato pelo qual se verifica o esvaziamento do processo de escolha e aprovação.

O dispositivo constitucional supra não estabeleceu parâmetros relacionados com as pessoas indicadas para a diretoria do BCB, mas vale a regra do mesmo art. 5.º da Lei 6.045/74, segundo a qual seus membros devem ser brasileiros, de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros.

A possibilidade da demissão *ad nutum* dos dirigentes do Banco Central, como acontece no Brasil até agora é absolutamente criticável, sendo urgente conceder-se-lhes mandatos fixos, na futura lei reguladora do SFN. Esse novo sistema irá por fim à ciranda da entrada e saída de diretores do BCB, fatos notoriamente muito freqüentes no caso brasileiro, quando ocorrem mudanças na chefia do Executivo, do Ministério da Fazenda e do próprio Banco Central, porque o ministro e novo presidente deste órgão querem sempre fazer sua própria equipe.

São absolutamente criticáveis certas concepções de independência dos Bancos Centrais baseadas na prerrogativa da demissão *ad nutum* dos seus administradores pelo Presidente da República e/ou Congresso (ouvido por aquele e deliberando a respeito por voto secreto qualificado), como é o caso dos projetos de lei dos depts. César Maia e Francisco Dornelles. Essas propostas não mudam em nada a situação atual de dependência, apenas tendo o efeito de passar do governo para o Legislativo, quanto ao BCB, o poder de demissão dos diretores

30. Cf. Simpson, ob. cit., pp. 188-199.

daquele órgão, inexistindo autonomia, uma vez que está presente a possibilidade de pressões políticas sobre o quadro dirigente da instituição.

Há receio de que, como já se disse mais de uma vez, ao alcançar um elevado nível de independência relativamente ao Governo e ao Congresso, o BCB venha a se tornar um “quarto poder” na República, alheio a um sistema de controle por via, por exemplo, da demissão do seu corpo diretivo.

No entanto, o estudo do direito comparado indica que, a existência de mandatos fixos não tem levado os Bancos Centrais a se tornarem um poder ditatorial e sem controle nos Estados Unidos e na Alemanha, por exemplo. As vantagens da autonomia são muito maiores do que os perigos por ela representados.

Pensando-se em criar um sistema de controle externo do BCB diante de uma autonomia julgada perigosa, poder-se-ia conceber a necessidade de autorização ao Judiciário, por parte do Governo ou do Congresso Nacional, objetivando a abertura de um inquérito contra determinado diretor da instituição, sob alegação de falta grave de natureza administrativa ou penal, devendo, para tanto, serem fornecidos os necessários elementos de convicção prévia. Diante deles, o juiz daria autorização para a realização do procedimento administrativo licenciando-se o diretor durante o tempo de sua realização.

Esclareça-se que as hipóteses de afastamento dos diretores do BCB jamais poderiam estar baseadas em críticas à política monetária por eles determinadas no órgão ou outra qualquer medida tomada para a consecução dos seus objetivos legais próprios. Essa possibilidade tiraria toda a independência da instituição.

A autonomia dos Bancos Centrais passa também, necessariamente, pela criação de regras sobre os períodos de

desincompatibilização anterior e posterior ao exercício dos cargos de administração, para que não se causem ligações motivadas por interesses junto a empresas privadas ou não se aproveite os conhecimentos adquiridos para se fazer advocacia administrativa pelo uso da *inside information*.

Nos Estados Unidos da América as pessoas que deixam os quadros do “Federal Reserve Bank” são obrigados a esperar dois anos depois de sua saída para poderem assumir cargos em instituições financeiras cujas atividades estejam ligadas àquela autoridade monetária. O projeto Gasparian segue essa linha de idéia, mas é preciso estabelecer-se um sistema de equilíbrio ótimo na fixação dos limites de desincompatibilização, sob pena de impedir-se o concurso de profissionais valiosos à frente do Banco Central.

3.6 Quadro de pessoal profissionalizado e estável

Para o fim de bem desempenhar suas funções, os Bancos Centrais necessitam ter quadros de pessoal de altíssimo nível técnico e dotados de estabilidade na carreira, o que implica, quanto a esta última exigência, no pagamento de salários adequados. Cada país tem adotado um modelo próprio, mas as características acima não podem faltar.

O BCB, na qualidade de uma autarquia federal e de acordo com a lei que o rege, tem pessoal próprio nomeado após aprovação em concurso público. Em termos relativos, seus funcionários estão hoje entre aqueles que ostentam um dos melhores níveis técnicos da administração federal.

Embora os modelos de Bancos Centrais do direito comparado prevejam a contratação de funcionários diretamente no mercado de trabalho, essa faculdade é absolutamente indesejável no caso

brasileiro, para que não se dê margem à generalização do nepotismo.

Tem-se notado uma grande falta de definição quanto aos rumos da estrutura técnica do BCB, a qual tem experimentado ao longo dos poucos anos de sua existência diversas experiências nesse sentido, com a aprovação e implantação periódica de planos de carreira que se sucedem e que se anulam uns aos outros no correr das diversas administrações que passaram pela instituição, tendo sido causadas graves distorções, com a geração de insatisfação generalizada. É preciso que seja definida, organizada e implantada definitivamente uma estrutura funcional efetivamente apta ao desempenho das relevantes funções do BCB, aproveitando-se, para tanto, a oportunidade da reformulação legal a ser feita por ocasião da edição da lei complementar a ser baixada em obediência ao disposto no art. 192 da CF.

Um dos pontos fundamentais do perfil funcional dos Bancos Centrais está na estabilidade dos seus empregados, nos cargos técnicos exercidos, tais como auditores, inspetores e procuradores, como uma forma de propiciar-lhes — e ao órgão como um todo — resistir às pressões políticas nascidas da contrariedade do atendimento de interesses particulares.

4. UM NOVO SFN

O SFN foi estruturado pela Lei 4.595/64, onde se procurou organizar os órgãos componentes do sistema, públicos e privados, através da elaboração de uma pirâmide, no topo da qual colocou-se o CMN. Teria havido, já nessa época, uma grande preocupação em manter-se um clima de estabilidade monetária com vistas ao desenvolvimento, organizando-se as instituições financeiras e criando-se mecanismos destinados a proporcionar uma eficiente intermediação e apli-

cação de recursos em benefício da economia.³¹

No tocante à organização e à estabilidade, a observação dessas três décadas de história do SFN mostra-o como uma verdade meramente formal, pois as elevadas instabilidades política e econômica experimentadas pelo Brasil refletiram-se de forma bastante acentuada no próprio órgão de cúpula, o CMN, a começar pela composição de seus membros natos, alterada mais do que uma dezena de vezes durante esse tempo.³²

Do ponto de vista legal, não se criou em 1964 um Banco Central independente, pois ele estava subordinado ao CMN, este órgão o detentor efetivo das principais funções do controle da moeda naquele sistema. O governo possuía, por sua vez, o controle completo do CMN, pois, além do Ministro da Fazenda, do Presidente do BB e do Presidente do então BNDE, dentre os outros seis membros escolhidos pelo Presidente da República na forma do art. 6.º, IV da Lei 4.595/64, quatro deles formariam a diretoria do BC, de acordo com o art. 14 *caput* do mesmo texto. Assim sendo, apenas dois dos nove membros do CMN não eram ligados ao governo federal.

Com as mudanças introduzidas a partir do Dec. 65.769, de 2.12.69, o Presidente do BCB passou a ter assento direto no CMN, enquanto os demais diretores perderam essa prerrogativa. A Lei 6.045, de 15.5.74 deu-lhes o direito de participarem das reuniões do CMN, embora sem poderem votar.

31. Cf. exposto no "Sistema Financeiro Nacional — Diagnóstico e sugestões para reforma" — Versão n. 3, FIPE/USP, p. 6, S. Paulo, setembro/91.

32. V. a propósito, os seguintes textos legislativos: Lei 5.362/67; Decs. 65.769/69; 71.097/72; Lei 6.045/74; Decs. 83.323/79; 83.855/79; 85.776/81; 88.025/83; 89.978/84; 91.185/85; 93.490/86; Dec.-Lei 2.291/86; Dec. 94.303/87; 99.207/90; Lei 8.028/90; 8.056/90; etc.

A composição dos membros do CMN teve sua alteração iniciada com o Dec. 65.769, de 2.12.69, como dito acima, e, sob o ponto de vista de técnica legislativa, sendo o caso de duvidar-se poder um texto de lei federal ser alterado por um ato do Poder Executivo. De lá para cá inúmeras outras normas foram dadas à luz, alterando sucessivamente a composição dos membros daquele colegiado, terminando com a Lei 8.056/90, a qual fez seus membros integrantes quatro ministros de Estado, seis presidentes de bancos federais (inclusive o BCB), um representante das classes trabalhadoras e seis membros nomeados pelo Presidente da República.

O mandato fixo de seis anos para os seis membros escolhidos pelo Presidente da República, que, inicialmente, incluía a diretoria do BCB, era fato propício a dar ao órgão sua pretendida independência frente ao governo. No entanto, como se sabe, essa sistemática foi revogada em favor do arbítrio presidencial.

Sob o aspecto fático, fez-se sentir o peso do AI-5 no tocante à organização do CMN e do BCB, sendo apropriado lembrar-se a posição pragmática tomada pelo então Ministro Octávio Gouveia de Bulhões, na espera do retorno à liberdade constitucional e política.³³

33. Nesse sentido, assim se manifestou aquele ex-ministro em depoimento feito ao Banco Central em set/91: "Quando tomei posse no Ministério da Fazenda, em 1964, achei melhor, já que o AI-5 já estava em vigor, tornar o presidente e os diretores do Banco Central demissíveis *ad nutum* (a qualquer momento) pelo Presidente da República. Se eles já eram de fato demissíveis *ad nutum*, era melhor ficar na lei do que no ato institucional. Essa foi uma decisão minha junto com os diretores do Banco Central que eu havia indicado. Nosso conceito era o seguinte: já que o mandato não vale nada diante do AI-5, vamos dizer claramente que ele não vale nada. Evidentemente, logo que fosse revogado o AI-5, isso mudaria. Mas depois não mudou, embora haja a idéia de o Banco Central

Qualquer que tenha sido a composição do CMN ao longo desses anos, o Ministro da Fazenda sempre teve poder hegemônico sobre o órgão e, juntamente com o Presidente do BCB, na qualidade de seu subordinado sob o ponto de vista prático, implementou a política ser adotada, por meio de freqüentes decisões *ad referendum* da aprovação dos demais membros daquele colegiado.

As comissões consultivas jamais tiveram qualquer papel relevante mesmo quanto à sua função estritamente legal, voltada para o fornecimento de subsídios objetivando as deliberações do CMN.

A preponderância do governo na composição do CMN e a orientação voltada para o desenvolvimento, transformaram aquele órgão em instrumento de financiamento dos déficits do setor público, sendo essa uma das causas principais do atual processo inflacionário.

Notou-se, por conseguinte, uma completa quebra do modelo de Banco Central independente que se pretendeu introduzir na época de sua criação no Brasil.

Na reforma a ser efetuada, o novo SFN, a partir da orientação a ser determinada pelo BCB, precisará atingir o objetivo primordial de criar liquidez, ou seja, a imobilização dos ativos financeiros, por meio de operações do mercado, para que possam existir investimentos em setores produtivos. Como é notório, a grande velocidade de desvalorização da moeda nos dias atuais, aliada à proverbial desconfiança com que se olha

voltar a ter maior independência. Apesar de tudo, tenho um certo orgulho do fato de que, nos cinco anos em que fui Ministro da Fazenda, não houve qualquer mudança de diretor do Banco Central; os que foram nomeados no mesmo dia que eu só saíram no dia em que saí. Em contrapartida, na Nova República, tivemos quatro ministros da Fazenda e seis presidentes do Banco Central" (*apud* "Sistema Financeiro Nacional — Diagnósticos e sugestões para reforma", FIPE/USP, cit., pp. 8-9).

o governo, leva os agentes econômicos a procurarem aplicar seus recursos em operações de liquidez instantânea, mesmo que, com isso, tenham de sacrificar em certo limite ganhos financeiros mais elevados. Dessa forma, não é possível falar-se em investimentos a longo prazo.

Para Celso Martone,³⁴ a evolução e a transformação do SFN ocorreram de maneira desordenada, tendo sido frutos naturais dos desequilíbrios macroeconômicos. Em vista disso, a reforma do SFN dependerá de um mínimo de estabilidade monetária e fiscal. A observação supra, sobre o perfil do SFN, é verdadeira em sua maior parte, mas não se pode esquecer que o SFN guardou durante todos esses anos de instabilidade, basicamente, o modelo estabelecido na Lei de Reforma Bancária, mantendo, comparativamente com os demais segmentos da economia nacional, uma estrutura menos instável, sendo de notar-se que os maiores problemas ocorridos deram-se no setor público ou foram determinados por ele, tendo sido poucas as quebras de instituições financeiras privadas, em termos relativos.

Dentro do SFN recebeu o BCB, além de suas atribuições clássicas, muitas outras não relacionadas com o tipo de instituição de que se tratava, o que trabalhou, juntamente com outras concausas, no sentido de sua relativa ineficácia.

Nos termos acima, lembre-se ter o BCB sido encarregado originalmente das seguintes tarefas estranhas à sua vocação típica, de acordo com o teor da Lei 4.595/64, arts. 9.º a 11 e outros títulos especiais: a) comprar e vender títulos de sociedades de economia mista e empresas do Estado; b) fiscalizar o mercado de capitais, o que foi alterado com a criação do CVM e mudança da Lei das Sociedades Anônimas; e c) atuar como banco de fomento, o que aconte-

ceu na área de crédito rural, através das disposições do Dec. 58.380, de 10.05.66, ao regulamentar os arts. 54 e 55 das Disposições Transitórias da Lei 4.595/64. Esta função, é óbvio, deveria ter sido destinada a outra instituição financeira governamental, como era o caso do BB.

O presente trabalho limita-se ao estudo da regulamentação do art. 192 da CF. Mas, é evidente que não se pode tratar da matéria objeto daquele dispositivo sem se ter em conta a necessidade de solução prévia de problemas políticos e econômicos em esfera mais abrangente, como condição necessária. Mesmo porque, já é chegado o tempo da revisão da Carta Magna, prevista no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ocasião propícia para a adoção de medidas mais condizentes com a realidade nacional do que aquelas agasalhadas utópica e irrealisticamente pela chamada "Constituição Cidadã".

Quanto ao problema acima referido, podem ser relacionados alguns pontos de fundamental importância, como sejam: redução do papel do Estado no campo econômico aos casos exclusivamente ligados à segurança nacional e ao relevante interesse coletivo, com interpretação restrita do dispositivo constitucional; correção de desequilíbrios estruturais e orçamentários; e estipulação do modelo de desenvolvimento pretendido.

Pensar em um novo SFN significa identificar as necessidades e prioridades dos mercados atuais e corrigir as enormes distorções verificadas nos trinta anos da Reforma Bancária, sendo o caso de examinar-se onde se encontram os pontos de estrangulamento e como afastá-los.

Neste passo seria preciso se identificar e separar as causas de mau funcionamento do sistema por motivo da inflação e da instabilidade política — a serem resolvidas somente e quando tal situação for superada — e aquelas inerentes a ele próprio, portanto, de natureza institucional.

34. FIPE/USP, ob. cit., 21.

Verifica-se, de outra parte, o desaparecimento quase total das diferenças entre instituições financeiras públicas e privadas, ao menos quanto ao fato de terem as primeiras ingressado concorrencialmente no campo das operações antigamente consideradas típicas dos bancos comerciais tradicionais. Com isso, acirra-se a luta pelo espaço no mercado e os bancos públicos têm deixado de buscar a facilitação do desenvolvimento do país, procurando ganhos mais fáceis e rápidos nas operações comerciais de curto prazo, inclusive competindo entre si, de forma desordenada, desgastando o setor governamental nessa área.³⁵

O crescimento vertiginoso de alguns bancos privados tem sido acusado como causador de sérias distorções regionais por via do carreamento de recursos de praças mais pobres para aquelas mais ricas da Federação, onde o lucro das aplicações é mais promissor. Tanto isso é verdade, que o legislador constitucional preocupou-se expressamente com o tema e determinou, como objeto da lei complementar do Sistema Financeiro, no art. 192, VII, devam ser constituídos critérios de transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento. É evidente que o objetivo da Constituição está em tornar restritos os critérios em causa, obviando maior empobrecimento dessas regiões.

O problema mais grave do SFN, *intra muros*, está no desmesurado crescimento da dívida pública interna, a tal ponto que se tem tornado esse um ponto nodal no problema da luta contra a inflação, pois, de um lado, o governo tem necessidade da rolagem diária de sua dívida e, de outro, as instituições financeiras estão montadas sobre uma fenomenal posição em títulos, aos quais dão remu-

neração baseada em ganhos financeiros inflacionários que, se cortados, podem causar-lhes prejuízos de grande monta e levá-las à ruína.

Assim sendo, como primeiro passo da nova reforma bancária, deverá ser feita a nítida separação entre as instituições financeiras públicas e privadas, passando cada uma delas a assumir o seu verdadeiro papel na economia, ou seja:³⁶

a) Bancos públicos: responsabilidade social direta, efetuando a gestão de fundos e de programas desenvolvimentistas, dentro do planejamento governamental, lastreados em recursos do orçamento; funcionamento na qualidade de agentes financeiros do governo; direção pelo Executivo e fiscalização pelo Congresso Nacional, utilizando-se do aprimoramento de instrumentos já existentes — como os Tribunais de Contas — e criando-se outros mecanismos com tal objetivo;

b) Bancos privados: disputa no mercado pelo recebimento da poupança interna, funcionando como intermediários financeiros em favor da livre iniciativa; operando na base da assunção de riscos em um regime concorrencial e voltados para as oportunidades do mercado, visando lucro; dirigidos por profissionais competentes e fiscalizados em profundidade pelo BCB. Sua responsabilidade social é indireta, na forma do art. 170, V da CF, ou seja, atendimento ao princípio da função social da propriedade.

5. CONDIÇÕES PARA A EXECUÇÃO DE UMA EFICAZ POLÍTICA MONETÁRIA

Há diversas áreas a serem enfocadas, de maneira a que, mediante a aplicação harmônica das soluções adiante alvitra-

35. V. a propósito, "Caixa e Banco do Brasil desafiam o plano FHC", in *O Estado de São Paulo*, de 20.6.93, caderno de Economia, p. 4.

36. Cf., em linhas gerais, as proposições feitas por Orin Herter Cabral, in *O Estado de São Paulo*, de 17.2.93.

das, possa se dar condições ao Banco Central de realizar uma eficaz política monetária.

A relação dos assuntos a serem abordados certamente não será exaustiva, mas procurará abranger os pontos mais importantes com vistas ao objetivo em causa.

5.1 A participação da sociedade nos planos de estabilidade da moeda

O primeiro ponto de um programa nesse sentido está em se convencer a sociedade como um todo que, efetivamente, não se pode conviver impune com a inflação, inexistindo segmento da economia que possa estar plenamente a salvo de seus efeitos deletérios. Um bom exemplo nesse sentido foi dado pela Itália, concernente a medidas tomadas no final da década de 70 e início da década de 80.³⁷

Tem-se procurado recorrer frequentemente ao chamado "pacto social", para a superação de problemas nacionais diversos, entre os quais o da inflação, como forma de mobilização da sociedade para combatê-la. Pode ser uma tentativa finalmente viável, para efeito do engajamento dos diversos segmentos do mercado e da população brasileira objetivando a estabilidade da moeda, desde que sejam estabelecidas obrigações para todos os interessados e não somente para alguns dos segmentos do mercado, como até agora tem sido feito em soluções desse jaez.

O principal requisito para a exequibilidade de um "pacto social" está na necessidade da participação efetiva do governo no campo do equilíbrio de suas contas (falando-se aqui, genericamente, das áreas federal, estadual e municipal), e do Congresso, especialmente sua responsabilidade quanto à aprovação de um orçamento equilibrado. Feito isso, se

alcançará o respeito das empresas e dos empregados — que, até agora, são os únicos que deram sua contribuição a todos os planos até hoje engendrados — nascendo as condições adequadas para o sucesso de medidas de combate à inflação.

Sem o equilíbrio das contas públicas, não será possível lançar-se títulos do Tesouro com maior prazo de maturidade e nem, conseqüentemente, reduzir-se as taxas de juros. Caso esse problema não seja resolvido, a tendência da dívida pública é aumentar cada vez mais.

De outro lado, a má situação financeira dos estados e municípios, de uma maneira geral, impede a elaboração de uma programação monetária rígida, a fim de impedir-se a descontrolada multiplicação da moeda e combater-se eficazmente a inflação, papel fundamental do BCB, na condição de guardião da moeda. É necessário estancar-se o financiamento direto e indireto dos estados e municípios pelos bancos federais e estaduais, sem contrapartida em lastro orçamentário. Não se pode esquecer que, a exemplo de outras nações onde funcionam Bancos Centrais independentes, estes são regidos por legislação bastante clara a respeito de suas funções e responsabilidades, havendo um conhecimento bastante expressivo por parte da sociedade sobre esse assunto, fato que leva aqueles órgãos a receberem o apoio da opinião pública nos momentos de necessidade.

5.2 O problema orçamentário

A questão orçamentária é, sem dúvida alguma, um dos pontos mais importantes a serem resolvidos no Brasil no tocante ao restabelecimento das funções da moeda nacional. Nenhuma política eficiente poderá ser posta a funcionar pelo BCB, mesmo dotado de autonomia, diante de orçamento fiscal deficitário, eivado de subsídios e voltado para a

37. Cf. Caranza, "Anais", pp. 194-195.

implementação de programas sociais, mas despidido das fontes de receita correspondentes.

Sob o aspecto acima, é necessário que o Congresso torne-se parte da solução do problema inflacionário, deixando de ser causa da destruição da moeda, sob o ponto de vista do orçamento e da política fiscal, pois de sua má elaboração e execução certamente sobrarão para o BCB, mesmo independente, pressões homéricas no sentido do atendimento de interesses setoriais, públicos (principalmente) ou privados.

5.3 A questão da limitação constitucional dos juros

Outro dos primeiros problemas a serem enfrentados para que o BCB possa exercer livremente uma política monetária eficaz está na revogação do limite de juros reais em 12% ao ano, imposto pelo § 3.º do art. 192 da CF. Esse dispositivo representa uma camisa-de-força ao BCB, cerceadora da liberdade de adaptar a taxa de juros às necessidades de cada momento da evolução da economia nacional, usando-a como importantíssimo instrumento de política monetária.

Fábio Konder Comparato entende ser a questão da taxa de juros o problema mais polêmico do art. 192 da CF, notificando que o governo tem entendido não ser a regra de aplicação imediata.³⁸

O "brasilianista" Keith S. Bosenn inclui o tabelamento dos juros entre as medidas por ele consideradas de duvido-

sa ou muito duvidosa sabedoria, dizendo que ela "is not only quixotic, but it also threatens the entire Brazilian financial system with imminent collapse".³⁹

A propósito desse limite, nota-se uma incompatibilidade entre sua fixação e as disposições do art. 164 da CF sobre as relações do BCB com o Tesouro. Nestas, dá-se ao órgão independência para cuidar da política monetária; naquela, a mesma independência é limitada em parâmetros rígidos.

Não cabe aqui examinar os aspectos econômico-financeiros relacionados com o tabelamento de juros em uma determinada economia. No entanto, sob tal ângulo, é interessante observar-se que nas economias que a adotaram de forma generalizada — o que não é o caso do Brasil após a Reforma Bancária de 1964, a qual tirou as instituições financeiras do campo de aplicação da Lei da Usura — tem-se buscado formas associativas informais de exploração da atividade econômica, do tipo sociedade de capital e indústria ou em conta de participação, nas quais o capitalista é remunerado a título de pagamento de lucros. O lucro é formado, em parte, pelo retorno da utilização de capital, o que corresponde aos juros, computados de forma endógena, mas com o mesmo papel e efeito existente nas economias livres.⁴⁰

Ocorre, porém, nesses casos, um direcionamento dos capitais em favor dos grandes grupos econômicos, principalmente os oligopólios, onde o risco é menor e maior a rentabilidade esperada. São, assim, marginalizados do acesso aos capitais disponíveis os pequenos negócios, de maior risco e menor lucratividade.

38. Cf. "The Economic order in Brazilian Constitution of 1988", in *The American Journal of Comparative Law*, v. 38, n. 4, 1990, p. 767, onde se lê: "However, following publication of the official opinion of the Chief Legal Counsel of the Republic, financial institutions continued to operate as if this provision of the Constitution had not yet come into force, and no implementing regulations have been enacted".

39. Cf. "Brazil's new Constitution: an exercise in transient Constitution for a transitional society", in *The American Journal of Comparative Law*, 38/798, n. 4, 1990, artigo no qual podem ser lidas outras considerações sobre esse tema.

40. Cf. FIPE/USP, ob. cit., pp. 99 e 100.

O modelo acima, caso adotado efetivamente no Brasil, levaria a um resultado econômico contraditório, pois restaria ferido o art. 173, § 4.º da CF, onde se prevê a repressão ao abuso de poder econômico que objetive a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Deve-se, portanto, aproveitar-se a oportunidade da próxima revisão constitucional, para retirar a limitação de juros do seu texto, deixando para o BCB a competência quanto ao seu estabelecimento, utilizando aquela taxa para fins de política econômica, de acordo com o seu prudente critério e segundo as necessidades da economia em cada momento.

Na doutrina tem havido divergência a respeito do tema. Ives Gandra da Silva Martins entende que a fixação da taxa de juros depende de lei complementar mas que, em todo o caso, é impossível o estabelecimento de um conceito jurídico de juros reais, matéria a ser investigada pela Economia, a qual, por sua vez, também não oferta um conceito definitivo sobre o assunto.⁴¹

Adotando posição contrária, encontra-se o Prof. Hugo de Brito Machado, para quem a proibição do § 3.º do art. 192 da CF, quanto à cobrança de juros reais superiores a 12% a.a. é norma jurídica vigente e auto aplicável.⁴²

Não há espaço, no presente trabalho, para a explanação das razões dos juristas acima mencionados, tendo a menção ao seu pensamento objetivado demonstrar não ser pacífica a matéria no direito brasileiro.

No campo do Judiciário, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal tem estado

diante de algumas ações objetivando discussão sobre a auto-exequibilidade do § 3.º do art. 192 da CF ou dependência de lei complementar.

Em acórdão do Pleno, no ADIn 4-7-DF, em que foi relator o Min. Sidney Sanches, o STF teve ocasião de manifestar-se sobre o assunto, quando discutiu a validade do Parecer SR n. 70, de 6.10.88. da Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República. Nessa decisão, tomada por maioria, aquela Alta Corte entendeu não ser auto-aplicável a norma vertente, a qual deverá ser objeto de tratamento global do SFN, na futura lei complementar do art. 192 da Magna Carta, sendo exigível a conceituação dos juros reais no diploma vindouro. Foi vencido o Min. Paulo Brossard, que, embora ideologicamente contrário à estipulação de tal regra na Constituição, diante do texto vigente, declarou-se obrigado a reconhecer sua imediata aplicabilidade.⁴³

Recentemente foi publicada decisão do STF no *DOU* de 1.7.93, no curso de mandado de injunção contra a cobrança de juros acima do teto de 12% a.a., notando-se uma tendência daquela Corte no sentido do reconhecimento *ad hoc* da validade da norma de que se tem tratado, considerando os Mins. Néri da Silveira e Francisco Rezak o pedido procedente em parte, dada a demora do Congresso em regulamentar o texto constitucional, tendo fixado um prazo de 120 dias para que tal aconteça. Quanto aos Mins. Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso, estes julgaram procedente o mandado de injunção e fixaram a taxa de juros reais de 12% a.a. nos seus votos. De outro lado, os Ministros Sepúlveda Pertence e Sydney Sanches julgaram o pedido procedente em parte, sem fixar prazo ao Congresso para a sua regulamentação.

41. Cf. artigo de sua autoria no "Repertório IOB de Jurisprudência", 2.ª quin.-nov/88, n. 22/88.

42. "Tabelamento constitucional de juros", *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2.ª quin.-jan/89, n. 2/89, p. 36.

43. Cf. "Repertório IOB de Jurisprudência", 2.ª quin.-jul/93, 14/93, p. 271.

No entanto, caso permaneça em vigor tal disposição, devendo ela ser regulamentada pela lei complementar, estar-se-á diante de dificuldades práticas verdadeiramente insolúveis, que alguns projetos de lei têm procurado contornar, não havendo condições para examiná-los presentemente. Sua relação consta da bibliografia anexa.

5.4 A crucial questão dos bancos públicos

Embora a legislação seja bastante clara a respeito da subordinação dos bancos públicos — principalmente os estaduais — e de todas as instituições particulares — mesmo as grandes — à fiscalização do Banco Central (e esta é uma de suas funções clássicas primordiais), e existam instrumentos jurídicos poderosos para a submissão forçada dessas empresas ao controle daquele, tem havido a preponderância de interesses políticos sobre os técnicos, sendo essa uma área de problemas que precisa ser sanada na renovação do nosso sistema financeiro. Tal opinião parece somente não ser aceita pelas pessoas diretamente interessadas em fazer dos bancos estaduais uma alavanca para impulsionar seus interesses pessoais.

Um quadro sombrio e atualizado da situação dos bancos estaduais foi demonstrado em documento recentemente dado à luz pelo BCB ("Bancos Públicos Estaduais — Origens da "Questão BE's" e Perspectivas do Setor",⁴⁴ onde se declara apresentarem aquelas empresas um patrimônio líquido negativo de US\$ 1,952 bilhão, originado dos chamados "créditos podres", ou seja, empréstimos feitos aos próprios Tesouros locais, a empresas estatais ou a pessoas físicas favorecidas pelos governantes, que não os pagaram nos seus vencimentos. Esse

quadro se apresenta mesmo depois de ter o Banco Central emprestado US\$ 2,3 bilhões para o saneamento da posição financeira daquelas instituições, sem qualquer resultado positivo duradouro, porque não foram atingidas as verdadeiras causas, mas aplicado um paliativo sobre os seus efeitos.

Há, por outro lado, um mascaramento da situação dos bancos estaduais porque, como uma das medidas tomadas para esconder suas perdas encontram-se os casos de assunção de dívidas pelos Tesouros estaduais junto aos credores, entre os quais a CEF, o BNDES e o próprio Banco Central. Como resultado dessas manipulações, na prática, há apenas um acréscimo nominal no patrimônio líquido daqueles bancos, lastreando um prejuízo impropriamente mostrado no ativo. Nesses casos, tem aumentado significativamente a dívida dos estados controladores daqueles bancos, os quais buscam sua "rolagem" perante o Banco Central, que, além disso, ainda tem necessitado emitir moeda para cobrir tais déficits.⁴⁵

O BCB não tem conseguido impor sua vontade aos bancos estaduais e essa limitação é um problema de natureza fundamentalmente política e ligado à inexistência de autonomia daquele órgão. Sem dúvida alguma, uma das principais dificuldades enfrentadas pelo País no campo da estabilidade da moeda está na dívida dos Estados e de seus bancos insolventes, vivendo-se dias de acirrada disputa política pela rolagem dos débitos públicos e pelo não fechamento ou reabertura de bancos estaduais.⁴⁶

45. Cf. o mesmo documento do Banco Central, acima citado.

46. Fala-se que a dívida dos bancos estaduais somaria, até junho de 1993, 12 bilhões de dólares, notando-se que o seu patrimônio líquido seria estimado apenas em dois bilhões e duzentos milhões de dólares em agosto de 1992 (Angelo Pavini, "Atuação de bancos estaduais preocupa BC", in *O Estado de São Paulo*, caderno de Economia, de 17.1.93, p. 5).

44. Cf. Informação publicada em *O Estado de São Paulo*, de 6.4.93, sob o título "BC evita quebra de bancos estaduais".

O controle dos saques dos bancos públicos na conta de "Reservas Bancárias", contudo, não é a causa do seu endividamento, mas, a etapa final de um processo gradual, determinado pela gestão populista daquelas instituições, a qual se caracteriza pela profusão de nomeações políticas, pagando-se elevada remuneração a administradores não profissionais; por grande irresponsabilidade na autorização de operações tecnicamente inviáveis; e, quem sabe de propósito, pela existência de controles deficientes na área de auditoria.⁴⁷

Atualmente, os bancos públicos, principalmente os estaduais, são concorrentes do BCB na emissão de moeda, na medida em que este vê-se contingenciado a operar o *swap* das dívidas daquelas instituições e, ainda, pelo fato de não ter conseguido até o presente impor regras de austeridade e equilíbrio ao BB, à CEF e aos tesouros e bancos estaduais.

No caso do BB, este teve seu poder monetário de segundo nível cerceado significativamente com a extinção da chamada "conta-movimento".

A prova no sentido de que, diante dos bancos estaduais tem predominado o aspecto político está no fato de que as regras claras sobre a contabilização de prejuízos constantes dos manuais baixados pelo BCB não são aplicadas àquelas instituições, necessitando serem "reforçadas" por outras normas da mesma natureza.⁴⁸

Ora, se a orientação dos bancos públicos tem sido a de escapar política-

mente dos controles do BCB, a solução evidente estará em fortalecer politicamente este órgão.⁴⁹

É necessário estender-se aos governantes que tenham poder sobre os bancos públicos o peso da lei, atribuindo-se-lhes a responsabilidade pela inadimplência da empresa, utilizando-se, para tanto, dos institutos já existentes em nosso direito positivo e de outros que venham a ser criados.

A consciência da impunidade é a causa primeira do mau gerenciamento das instituições financeiras públicas, diferentemente com o que ocorre — ao menos em tese — com as de natureza privada, mesmo porque, nestas funciona em boa parte o princípio da autorregulação do mercado, tendo em vista o custo e a responsabilidade elevados da assunção de riscos anormais, levando-se a empresa insolvente a um processo de intervenção administrativa *latu sensu* ou à falência, o que não tem ocorrido com os bancos públicos, a não ser alguns deles liquidados pelo BCB como que a fórceps, os quais, como a Fenix, estão sempre renascendo ou pretendendo renascer de suas próprias cinzas.

No arsenal jurídico à disposição do BCB, passível de utilização no controle dos bancos públicos elencam-se os seguintes dispositivos legais e regulamentares: a) CF, arts. 164 e 192, I, *in fine* e IV, estes dois últimos *de lege ferenda*; b) Lei 4.595/64, art. 34, III; c) Lei 6.024/74; d) Lei 7.492/86 (a Lei dos Crimes do Colarinho Branco), art. 17; d) Dec.-lei 2.321/87; f) Res. 1.718/90, do CMN; e g) Res. 1.748/90, do CMN.

A Constituição Federal de 1988 proibiu ao BCB a concessão de empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira. A palavra "empréstimos" deve ser tomada em sua acepção ampla.

47. V., a propósito, Pêrsio Arida, palestra proferida no seminário "Bancos Estaduais, experiências e perspectivas", realizado pelo BCB em 14 e 15.5.92.

48. Cf. *O Estado de São Paulo*, de 13.5.93, "BC obrigará bancos oficiais a contabilizar prejuízos", onde se lê a informação sobre a edição de novas normas, obrigando as instituições públicas a obedecerem a Res. 1.748/90, do CMN, Surrealismo puro.

49. Pêrsio Arida, ob. cit., loc. cit.

Desse modo, no campo dos bancos públicos, estes podem ser beneficiados com operações de empréstimo junto ao BCB da mesma forma como qualquer instituição financeira, não devendo haver qualquer diferenciamento entre os setores públicos e privados, fato notoriamente não observado, em vista do favorecimento especial que os primeiros têm gozado perante o governo, em descumprimento ao princípio constitucional da isonomia.

A Lei de Reforma Bancária, no seu art. 34, inciso III, estabeleceu uma barreira, pela qual ficaram vedadas as operações de “empréstimos ou adiantamentos” (*sic*) às pessoas jurídicas que participem do capital das instituições financeiras com mais de 10%; e às pessoas jurídicas de cujo capital elas mesmas participem com mais de 10%. Ora, o texto acima está em vigor desde a implantação do SFN e não foi aplicado somente em vista de razões políticas.

Em vista de uma exceção especial, prevista no § 2.º do mesmo art. 34, foram permitidas aos bancos públicos as operações em favor das pessoas jurídicas das quais a própria instituição participe com mais de 10% do capital. Seria esta a hora adequada para pensar-se em revogar tal abertura, no momento da regulamentação do art. 192 da Constituição Federal.

Outra tentativa técnica e política do controle dessas instituições surgiu com a criação do chamado regime de administração especial temporária, pelo Dec.-lei 2.321, de 25.2.87 o qual, apesar de genericamente aplicável, teve o endereço casuístico certo de apanhar uma grande quantidade de instituições financeiras estaduais que estavam insolventes, à época.⁵⁰ O problema dos bancos

estaduais não foi resolvido pela utilização de tal mecanismo legal,⁵¹ não tanto por seus eventuais defeitos, mas, principalmente pela inexistência de efetivo poder do BCB com relação aos governos dos estados da Federação.

A “Lei dos Crimes do Colarinho Branco” tem uma regra apropriada ao controle das instituições financeiras públicas, concernentes ao seu art. 17, *caput*, onde se penaliza a concessão de operações de crédito ao controlador de instituição financeira, no caso, o Estado. A pena aplicar-se-ia às pessoas dos administradores da própria instituição financeira pública concedente do empréstimo irregular, e aos da pessoa jurídica controladora, chegando-se, em última análise, no caso dos Estados, aos secretários estaduais, aos seus governadores, e aos ministros e ao Presidente da República, quanto às instituições federais.

Evidentemente, em se tratando de lei penal, sua interpretação não é extensiva e nem analógica e, portanto, o raciocínio acima elaborado certamente não encontraria respaldo nos tribunais, pois o texto legal não inclui expressamente os secretários de estado, os governadores, os ministros e o Presidente da República.

elas relacionadas, nos regimes extraordinários do direito brasileiro”, de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, tese de doutoramento em Direito Comercial apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1990, pp. 31 e ss.

51. Desde a criação do “regime de administração especial temporária”, até 1992, foram gastos US\$ 1,639 bilhões em operações de assistência financeira aos bancos estaduais, ou seja, US\$ 327 milhões, em média, por ano, sacados do Tesouro Nacional, em última instância. Dessa forma, verifica-se que o sistema de assistência financeira tem sido desvirtuado em favor dos bancos estaduais sempre problemáticos, destacando-se que, do total de 87, 60 já sofreram algum tipo de intervenção do BCB (cf. Angelo Pavini, ob. cit., loc. cit.).

50. V. a esse respeito, com maior abrangência, “A responsabilidade civil especial dos administradores e controladores de instituições financeiras, e a responsabilidade de outras pessoas a

Para esse efeito, a lei deveria ter sua redação alterada com tal finalidade.

Mas a penalidade cabível aos administradores da própria instituição financeira pública descumpridora do art. 17 da Lei 7.492/87, se aplicada, certamente já inibiria a concessão de empréstimo ilegais, pois aqueles não se sujeitariam a prestar-se a favorecimento do Estado. O que falta, para esse efeito, é mera vontade política de por o texto a funcionar.

No campo regulamentar, a Res. 1.718, de 29.5.90, do CMN, dispõe sobre o endividamento público e limita os empréstimos ao setor público, criando proibições diversas e aplicando penalidades.

Entre as vedações da resolução supra, encontra-se aquela destinada às instituições financeiras, no sentido do acolhimento, em qualquer modalidade de empréstimo, financiamento ou refinanciamento, quer como garantia principal, quer como garantia acessória das operações que realizarem, de quaisquer títulos de crédito, de responsabilidade direta ou indireta dos órgãos da administração pública direta ou indireta da União, dos territórios ou dos Estados (art. 11).

De outro lado, também são proibidas as operações de crédito que importem em transferência, a qualquer título, da responsabilidade direta ou indireta pelo pagamento de dívidas das mesmas entidades acima mencionadas (art. 12).

No caso de inadimplência dos órgãos públicos, somente poderão ser deferidos novos empréstimos em seu favor após a regularização de sua situação perante a instituição financeira credora (art. 13).

As penalidades para o descumprimento das normas da resolução em causa estão enumeradas em seu art. 14 e importam em congelamento das exigibilidades compulsórias da instituição financeira concedente, em diversos graus, segundo a incidência ou reincidência e na imputação de falta grave aos seus

administradores, podendo-se-lhes aplicar a suspensão e a inabilitação temporária ou permanente para o exercício dos seus cargos.

Por sua vez, a Res. 1.748, de 30.08.90, do CMN, estabelece critérios para inscrição de valores nas contas de crédito em liquidação e provisão para créditos de liquidação duvidosa. O objetivo daquele texto está em tornar transparentes os balanços das instituições financeiras, indicando os prejuízos que elas têm sofrido em suas operações ativas. No caso das instituições públicas, a obediência à regras da citada resolução, evidenciará claramente a inadimplência dos Estados controladores, por seus diversos órgãos da administração direta e indireta, comprovando o financiamento pela instituição, do déficit público, o que acarreta a criação de moeda escritural, gerando inflação.

Finalmente, a Lei 6.024, de 13.3.74 e o Dec-lei 2.321, de 25.2.87 prevêem a possibilidade da decretação de intervenção, de liquidação extrajudicial e da administração especial temporária nas instituições financeiras insolventes, em geral, do que não escapa a possibilidade de aplicarem-se às de natureza pública estaduais,⁵² como já ocorreu diversas vezes no passado.⁵³

Há tentativas contemporâneas no sentido de pôr em funcionamento todos os

52. Apenas as estaduais pois, como se sabe, as pertencentes ao governo federal estão taxativamente livres dos processos interventivos em geral e da falência, conforme o disposto no art. 1.º da Lei 6.024/74 e do Dec.-lei 2.321/87. V., a propósito, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, "A responsabilidade civil especial dos administradores e controladores de instituições financeiras e consórcios em liquidação extrajudicial", Ed. RT, S. Paulo, 1993, p. 84.

53. A esse respeito, veja-se Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, "Responsabilidade civil especial nas instituições financeiras e nos consórcios em liquidação extrajudicial", Ed. RT, S. Paulo, 1993, pp. 48 e ss.

instrumentos legais à disposição do BCB para o fim de coibir o endividamento sem lastro dos bancos públicos, notando-se resistências em contrário, do ponto de vista político.⁵⁴

Resta provada, portanto, a existência de meios legais adequados, em certa medida, para forçarem a administração pública a deixar de usar os seus bancos para o financiamento do déficit criado pelos detentores de poder administrativo. Outras normas de interesse do controle da dívida pública federal e estadual, por via do cerceamento de operações de crédito poderão ser objeto da lei complementar regulamentadora do art. 192 da Magna Carta.

Isso não tem sido feito pelo BCB por falta de vontade política e o fato decorre, sem dúvida alguma, da inexistência de verdadeira independência do órgão quanto ao governo, do que resulta ser sensível às pressões político-partidárias e administrativas.⁵⁵

Em setembro de 1991, por exemplo, considerada a grave e reconhecida situação financeira do Banco do Estado de Pernambuco — BANDEPE, mesmo assim, para promover intervenção naquela instituição financeira, foi preciso que o

governo federal “negociasse” o assunto com o governador daquele Estado.⁵⁶

Nesse último sentido, alega-se o prejuízo a ser causado ao interesse público pela suspensão de obras de infra-estrutura e saneamento básico. Em um trabalho de natureza preponderantemente jurídica, como é o presente, não é o caso de prender-se a quaisquer argumentos que não sejam os relacionados com a interpretação da lei, segundo a utilização dos princípios próprios.

Sob o aspecto técnico, quanto aos efeitos monetários de suas desastrosas atuações, os bancos estaduais devem ser considerados em situação idêntica à das empresas privadas perante o BCB.

Pode-se contestar, do ponto de vista técnico, o interesse dos Estados em manterem bancos por eles controlados, considerando-se que poderiam recorrer às instituições financeiras federais ou às privadas para o fim de receberem suas receitas, manterem seus depósitos e fazerem os seus pagamentos. Excetuar-se-iam as instituições estaduais destinadas ao financiamento do desenvolvimento econômico local, utilizadoras de recursos orçamentários ou de financiamentos internos ou externos devidamente controlados pelo BCB. Mas os bancos comerciais estaduais seriam absolutamente desnecessários e poder-se-ia pensar em seu progressivo e definitivo fechamento. A reforma constitucional competiria regular essa matéria.

No entanto, contra essa corrente de idéias levantam-se algumas vozes⁵⁷ defendendo a permanência dos bancos pú-

54. V., a propósito, a reportagem “Conselho avalia cerco a bancos estaduais”, in *O Estado de São Paulo*, de 28.06.93, seção Política, p. 4.

55. A falta de ação política do BCB nos casos da espécie é costumeiramente indicada pelo noticiário, como se pode ver em *O Estado de São Paulo*, de 14.3.93, caderno de Economia, p. 5: “BC dará prazo para bancos públicos”, “BANESPA já prepara adaptação” e “Governadores têm de acatar as normas, afirma banqueiro”. Da mesma forma, em edição de 9.6.93: “Ximenes promete rigor contra bancos estaduais” e “Governo exige respeito à lei”. Nestas duas últimas notas menciona-se taxativamente o mau uso dos bancos estaduais no financiamento de campanhas eleitorais e na necessidade de se reduzir o poder político dos governadores sobre tais instituições.

56. Cf. *O Estado de São Paulo*, de 27.9.91, “BC intervém no Banco de Pernambuco”.

57. Como é o caso, por exemplo, de Gilmar Carneiro, líder sindical, cujas idéias a esse respeito foram expressas em artigo publicado em *O Estado de São Paulo*, de 19.1.93, sob o título “A quem interessa o fim dos bancos públicos”.

blicos de maneira geral, alegando a falta de vocação do segmento financeiro privado para o fim do financiamento dos investimentos produtivos.

Na verdade, a causa da falta de financiamento de médio e longo prazo em favor dos investimentos refere-se não propriamente ao interesse exclusivo das empresas privadas de crédito quanto ao lucro de suas operações, mas à inexistência de mercado para a realização de operações passivas de longo prazo o que impede, na outra ponta, a concessão de financiamentos pelo mesmo período. E desse mal padece tanto o setor privado quanto o público, notando-se que nenhuma instituição financeira nacional tem condições de efetuar tal tipo de operações, pois não existe compatibilidade entre as aplicações de investidores em negócios de um dia e os financiamentos com prazo mais alongado.

Uma das soluções já cogitadas para os bancos estaduais estaria, se fosse o caso de permanecerem existindo, na mudança da legislação, criando-se a proibição de financiarem o Tesouro estadual ou empresas do Estado, tal como a Constituição Federal fez com o BCB quanto ao Tesouro Nacional, em seu art. 164, § 1.º.

Na verdade, os bancos estaduais têm sido notoriamente utilizados para fins políticos, notadamente o favorecimento de campanhas eleitorais,⁵⁸ tendo isso caracterizado um sério e inaceitável desvio de suas funções, sendo de natureza estrutural a gênese de seus problemas, pois suas operações de crédito com o próprio estado controlador ou municípios locais representam 70% do total, em média, enquanto nos bancos privados essa relação mantém-se no patamar de 4%.⁵⁹

A situação dos bancos estaduais somente não chegou ainda a um colapso completo porque apresentam ganhos financeiros elevados em suas aplicações, situação "favorecida" pela elevada inflação mensal, e, ainda, considerando-se que a extrema liquidez da economia tem facilitado a captação de recursos em operações de curtíssimo prazo.⁶⁰

A dificuldade de fiscalização dos bancos estaduais inclui os problemas relacionados com as suas demonstrações financeiras, as quais não espelham a real situação daquelas empresas, escondendo prejuízos causados por operações vencidas e não pagas (principalmente de seus controladores), escamoteadas da conta de "créditos de difícil liquidação". A situação se agrava na medida em que as dívidas vencidas são renovadas a juros mais elevados, com falsa geração de lucros, por sua vez distribuídos indevidamente aos acionistas na forma de dividendos, em um processo de continuado esvaziamento daquelas instituições.

Quanto aos bancos federais, por outro lado, percebe-se terem eles criado um certo nível de independência em relação ao governo, na medida em que este não consegue implementar sobre tais instituições a sua vontade de forma plena e nem conhecer suas contas em toda a profundidade.

Esse aspecto evidencia-se pela luta concorrencial que certas instituições financeiras federais deflagram, objetivando a manutenção de seu "mercado", causando, com isso, desperdício de dinheiro público e superposição de agências em localidades dotadas de minguados recursos, onde somente se justificaria a presença de uma delas, para o atendimento de fins sociais, fiscais ou previdenciários.⁶¹

58. Cf. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa e Ângelo Pavini, obs. cit., locs. cit. Há recibo que a situação dessas empresas se agrave ainda mais com o advento da campanha presidencial de 1994.

59. Cf. Ângelo Pavini, ob. cit., loc. cit.

60. Cf. Ângelo Pavini, ob. cit., loc. cit.

61. V., a propósito, "CEF luta para preservar atividade comercial", in *O Estado de São Paulo*, de 18.7.93, caderno de Economia, p. 3; e "BB e CEF acumulam agências em 1.096 cidades", in *O Estado de São Paulo*, de 12.7.91.

Dai a ameaça de se editar lei autorizando o BCB intervir e até liquidar os bancos federais,⁶² como forma de pressioná-los a passarem a atuar de forma técnica e não política. Esses novos instrumentos se somariam aos já existentes, entre os quais a "Lei dos Crimes do Colarinho Branco". Aliás, segundo o entendimento do governo, os casos passados de empréstimos feitos no passado aos governos federal, estaduais estariam fora da aplicação da lei acima citada, a qual passaria a ser acionada para as novas operações da espécie.⁶³ Essa interpretação será verdadeira para as operações efetivamente realizadas antes da edição daquele texto legal, mas não ficaria excluído todo o restante arsenal jurídico existente à época, incriminador de tais práticas nos planos administrativo, comercial e, eventualmente penal.

Veja-se, como exemplo do que foi dito acima, estarem as instituições financeiras — todas elas — proibidas de concederem empréstimos a seus administradores, aos respectivos cônjuges e parentes até o 2.º grau, às pessoas jurídicas que participem do seu capital com mais de 10%, às pessoas jurídicas de cujo capital participem com mais de 10% e às pessoas jurídicas de cujo capital participem com mais de 10% seus próprios administradores, cônjuges e parentes até 2.º grau (Lei 4.595/64, art. 34). Note-se que a primeira modalidade acima descrita caracteriza crime, tal como previsto no § 1.º do mesmo art. 34.

Portanto, também quanto aos bancos federais existe legislação a ser aplicada. Basta vontade política para utilizá-la.

Essa faceta dos bancos públicos "independentes", especialmente os federais, indica a falência dos mecanismos

do governo no tocante ao seu controle e completo esgotamento do modelo político do sistema financeiro em vigor.

5.5 A necessidade de redução e simplificação da legislação financeira

Outro ponto a ser considerado está no afastamento do excesso da legislação imposta sobre o mercado financeiro, a partir do CMN e do BCB, a par da elevada velocidade de sua alteração, impedindo isto que os agentes tenham diante de si um caminho claro e bem conhecido sobre o desempenho de suas atividades. Tem se tornado impossível, na verdade, acompanhar todas as mudanças que muito rapidamente são impostas às operações das instituições financeiras.

Verifica-se uma urgente necessidade de profunda desregulamentação do setor, dando-se ao mercado mais liberdade para atuação, dentro de limites mínimos a serem fixados.

5.6 A regionalização do sistema bancário

Para solução do problema do desequilíbrio na transferência e aplicação de recursos entre regiões no mercado interno, já se pensou em instituir-se o sistema de regionalização dos bancos, de maneira que as necessidades daquelas menos desenvolvidas pudessem ser melhor atendidas.⁶⁴ Essa idéia, caso adotada, evitaria a transferência de recursos das áreas mais carentes para aplicações no eixo Rio-São Paulo.

Ao lado da aludida regionalização, o mesmo fim poderia ser alcançado pela utilização dos certificados de depósito interbancário — CDIs para alocação de

62. V., "BC poderá liquidar bancos federais", in *O Estado de São Paulo*, de 15.6.93.

63. V. "BC não pode eliminar empréstimos de bancos", in *O Estado de São Paulo*, de 16.6.93.

64. V. entre outras, a opinião de Carlos Augusto Dias de Carvalho, in "Regionalizar é vital", revista *Análise e Opção*, editada pela AFBC, ano II, n. 4, p. 6.

recursos ociosos em favor de áreas do país merecedoras de tratamento preferencial.⁶⁵

A idéia de regionalização é perfeitamente compatível com a criação de um Sistema Brasileiro de Reservas — SBR, com a instalação de mais de um Banco Central no país, objeto de proposta deste autor, conforme se verá adiante.

5.7 A separação de contas e a transparência do Banco Central perante a sociedade

Até alguns anos atrás, havia uma grande confusão nas contas governamentais, espalhadas entre diversas instituições públicas, como o BB, a CEF e o próprio BCB. Além, disso, não existia qualquer transparência delas perante a sociedade.

De alguns anos a esta parte deu-se início a um longo processo - ainda não terminado — para chegar-se a uma perfeita identificação e separação entre as contas do governo e de suas instituições públicas, bem como com relação à necessária publicidade que delas se deve dar à sociedade brasileira.

Tais reformas iniciaram-se a partir da segunda metade da década de 80, tendo se dado início a um amplo conjunto de mudanças destinadas a “promover o reordenamento financeiro do setor público, buscando quantificar e qualificar melhor seus gastos, reduzir seu déficit e dar maior transparência às suas contas”.⁶⁶

As reformas levadas a efeito foram:⁶⁷

a) unificações orçamentárias, efetuadas em 1986 (parcial) e em 1988 (mais ampla), tendo se deixado definitivamente de se incluir as despesas de caráter fiscal no orçamento monetário;

b) congelamento da assim chamada “Conta de Movimento” do BCB no BB, causando o efeito de se impedir que o BB continuasse a operar como autoridade monetária de segundo nível, com grandes poderes de emissão de moeda;

c) criação da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e implantação do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), interligando toda a gestão orçamentária, financeira, cambial e patrimonial da administração direta, autárquica e fundacional do governo federal, com claros reflexos benéficos para este: e

d) separação financeira entre o Tesouro Nacional, BCB e BB, com a definição clara das atribuições de cada um desses organismos, transferindo-se do BCB para a STN a administração da dívida pública mobiliária federal e das operações de desenvolvimento do governo federal.

Como conseqüências das mudanças acima, então ainda parciais, chegou-se mais perto de um modelo clássico de BC, cabendo ao Tesouro Nacional, em tese, a execução do orçamento da União e ao BC, na qualidade de Autoridade Monetária, a execução da política monetária. Já havia, então, uma única peça orçamentária, onde se continham os limites de gastos e de endividamento previamente aprovados e fixados pelo Congresso Nacional.

A partir de 1988, após o advento da nova CF o BCB perdeu o poder de emitir títulos do Tesouro Nacional e a administração de fundos e programas de fomento, tendo passado a exercer um papel mais puro de autoridade monetária, com funções centradas no controle das políticas monetária e cambial.

Passariam a caber, também, ao Tesouro Nacional, após a renegociação da dívida externa e a emissão de bônus federais, os pagamentos referentes àquela, os quais deveriam, necessariamente, constar dos orçamentos aprovados pelo

65. Cf. autor, ob. e p. cit.

66. Cf. Roberto Figueiredo Guimarães, in “Rumo ao Banco Central independente”, *O Estado de São Paulo*, de 19.3.92.

67. Mesmo autor, ob. e loc. cit.

Congresso Nacional. Disso resultaria que os passivos internos e externos da autoridade monetária ficariam simplificados pelo desaparecimento das contas da dívida externa, mostrando-se o seu balanço com a configuração daqueles Bancos Centrais do tipo clássico.

Nessa situação, o BCB estaria quase pronto para executar as políticas sob sua responsabilidade, livre das injunções anteriormente existentes, utilizando-se para tanto, dos instrumentos tradicionais de controle de liquidez como a assistência financeira (redesconto), o estabelecimento de reservas compulsórias e as operações de mercado aberto, utilizando-se, nesse último caso, de títulos de emissão do Tesouro Nacional, não mais trabalhando com outros de sua própria emissão, conforme previsto no art. 164, § 2.º da CF.

Recentemente, deu-se início a uma nova fase de separação das contas do Tesouro e do BCB — espera-se seja a definitiva —, operação que tem sido chamada de abertura da “caixa preta” daquele órgão.⁶⁸

Com esse processo, os títulos da dívida externa passarão para o Tesouro, saindo a carteira do BCB, os quais serão trocados por novos títulos, a serem emitidos e substituídos na ocasião do fechamento do acordo com os credores internacionais.

Como resultado das alterações em vista, ficarão claramente separadas as contas referentes à política fiscal, a

cargo do Tesouro, e aquelas relativas às políticas cambial e monetária, de incumbência do BCB. Atualmente devido ao emaranhado dessas contas, não se tem uma noção exata da proporção e, por via de consequência, do impacto da dívida interna sobre as finanças públicas.

Poderão ser conhecidas, também, de forma mais fácil, quais as despesas da rolagem da dívida interna, no Orçamento, inchado com aquelas, lembrando-se, que, a propósito, no final de outubro vindouro deverá ser encaminhado ao Congresso pelo Ministro da Fazenda o Orçamento da União para 1994, já preparado dentro dos novos critérios de separação de contas. Naquela ocasião poderá haver um choque entre governo e Congresso, na medida em que este insistir em incluir naquela peça despesas desvinculadas com receitas equivalentes. Na verdade, é necessário um retorno das regras constitucionais que impediam o Congresso de aumentar as despesas orçamentárias, segundo previa a EC 1/69, em seu art. 65, *caput* e § 1.º. Como se sabe, a Carta Magna ora em vigor não teve cuidado a esse nível, conforme se verifica da leitura de seus arts. 165 a 169.

Resta saber se o Congresso acompanhará a decisão do governo de renunciar a um grande montante de recursos dos quais até agora fazia um uso indevido.

Assim, tornar-se-á transparente se há e em que montante o BCB financia as despesas do Tesouro, devendo interromper-se essas operações ilegais, de efeitos altamente inflacionários.

Em virtude das mudanças ora em andamento, o BCB passará a publicar demonstrativos mensais, com as respectivas notas explicativas, para pleno entendimento dos registros ali efetuados.

Haverá, concomitantemente, uma transferência de cerca de US\$ 9,5 milhões de lucros do BCB para o Tesouro, operação antes sempre realizada, mas

68. V., a propósito: “Governo separa contas do Tesouro e do BC”, in *O Estado de São Paulo*, de 9.9.93, caderno de Economia, p. 3; “A caixa preta do BC”, loc. cit., ed. de 11.9.93; “O ralo oculto”, por Joelmir Betting, ed. de 11.9.93; “Cardoso abre contas do BC e diz que não enganará o País”, loc. cit., ed. de 10.9.93, cad. de Economia, p. 1; “Segredo do cofre”, de Joelmir Betting, m/a. data, loc. cit.; José Negreiros, “Fazenda vê aríto com Congresso”, loc. cit., ed. de 12.9.93.

sem a devida transparência, o que gerava a inexistência de controles e o favorecimento de gastos não amparados por receitas orçamentárias.

A inflação, nesse novo sistema, mostrará toda a sua cara e não poderá mais esconder o déficit público.

A transparência do BCB é, sem dúvida alguma, elemento fundamental para a aquisição da confiança pública e o exercício de uma adequada e aceitável política monetária.

Essa transparência exterioriza-se por meio da prestação de informações frequentes e completas sobre o funcionamento da economia e dos mercados financeiro, cambial e de capitais. Mas ela também envolve dados sobre a segurança das instituições do sistema financeiro.

A apreciação dos sistemas de Bancos Centrais no direito comparado indica que, naqueles dotados de maior autonomia, como ocorre nos casos alemão e suíço, aquelas instituições de comando não prestam contas de sua atividade aos poderes executivo e legislativo, mas, isto sim, diretamente à sociedade, para tanto fazendo completa e periódica divulgação de suas operações por meio de relatórios circunstanciados. Nos Estados Unidos, o FRS presta contas semestralmente de suas atividades somente ao Congresso Nacional. No Chile, são prestadas contas anualmente ao Presidente da República e ao Senado. Na Holanda, o órgão reporta-se diretamente a um Conselho Bancário nomeado pelo soberano. No Japão, há uma subordinação meramente formal ao Ministro da Economia, mas o seu Banco Central presta contas verdadeiramente ao Congresso, através daquele ministro.

Em países com grau menor ou diferente de autonomia, como são os casos da França e da Inglaterra, compete ao governo a formulação e execução da

política monetária e, assim, a prestação de contas é feita ao Poder Legislativo e à sociedade. O caso da Inglaterra é atípico, conforme já estudado supra, havendo naquele país um Banco Central verdadeiramente independente, quanto às circunstâncias de fato.

Lembre-se que na Alemanha o "Bundesbank" informa ao público, anualmente, quais são as suas metas monetárias para o exercício seguinte, dando condições de se analisar a compatibilidade entre tais objetivos e a política monetária posta em funcionamento, assegurando-se, ainda, a independência do órgão quanto a pressões externas ou internas, estas na pessoa do Tesouro.

Quanto ao Brasil, no regime da Lei 4.595/64, competia ao Poder Executivo, através do CMN, a formulação da política monetária, cuja execução cabe ao BCB. Este prestava contas de sua atividade ao CMN o qual, por sua vez as repassava ao Congresso Nacional. Medidas recentes, já aqui mencionadas criaram novas regras de transparência do BCB.

A proposta do autor está baseada no estabelecimento de um BCB verdadeiramente independente, com competência para formulação e execução da política monetária. Assim sendo, no campo da transparência, ele atuaria com plena autonomia, tendo a responsabilidade de prestar informações de sua atividade aos demais poderes e à sociedade como um todo, por meio da divulgação de relatórios completos. Mas inexistiria subordinação do BCB no desempenho de suas atividades legais. Seria, efetivamente, um quarto poder da República: o Poder Monetário, contrastado por regimes eficientes de controle, culminando com regras sobre o afastamento da diretoria, a dar-se somente em casos excepcionais e mediante medidas rigorosamente controladas, discutidas em outro ponto deste estudo.

6. UM NOVO BCB: O SISTEMA BRASILEIRO DE RESERVA (SBR)

De posse das noções acima sobre os Bancos Centrais, de uma maneira generalizada, e tendo feito uma comparação dos modelos citados com o BCB, tal como ele se apresenta hoje, cabe, agora, estabelecer parâmetros a serem adotados na regulamentação do art. 192 da Constituição e na reforma da Lei 4.595/64, a fim de ajustar-se aquele órgão às funções que deverá efetivamente desempenhar no novo cenário econômico-financeiro deste país.

6.1 O destino do CMN

Como já disse neste trabalho, a atual CF reservou, em seu art. 48, XIII e XIV competência ao Congresso Nacional para legislar sobre diversas matérias diretamente relacionadas com a competência dos Bancos Centrais (matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações, moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal).

O art. 49, XI da Lei Maior, por sua vez, atribuiu ao Congresso Nacional competência exclusiva para zelar pela preservação de sua competência legislativa, em face da atribuição normativa dos outros Poderes.

Assim sendo, entende-se que os Poderes Executivo e Judiciário são detentores de competência normativa em certo limite. Mas, de acordo com o teor do art. 25, *caput*, das Disposições Transitórias, foram revogadas, a partir de 180 dias da vigência da Constituição Federal, todas as leis que tivessem atribuído ou delegado ao Poder Executivo qualquer caso de competência outorgada pela Constituição ao Congresso Nacional. As situações atingidas pela norma em apreço poderiam ser objeto de prorrogação por meio de lei, de maneira a que não viesse a ocorrer vazio legisla-

tivo em diversas áreas, com prejuízo para o interesse público, até que o Congresso Nacional, fazendo uso de suas prerrogativas, viesse a legislar sobre tais matérias.

Verifica-se, portanto, que a nova Carta Magna teria revogado o instituto da delegação de competência e, consequentemente, do sistema de se editar normas em branco, cujo conteúdo seria preenchido por órgão a quem tal poder fosse atribuído.⁶⁹ Esse era o caso, precisamente, da Lei 4.595/64, a qual outorgou ao CMN e ao BCB — no campo específico do interesse deste trabalho — competências hoje reservadas privativamente ao congresso Nacional.

Por esse motivo, tendo em conta que não foi editada até agora a Lei do Sistema Financeiro, na forma de regulamentação do art. 192 da CF, o Presidente da República tem baixado sucessivas Medidas Provisórias, convertidas em lei pelo Congresso Nacional, para efeito de se prorrogar a competência do CMN e do BCB, criando-se um sistema completamente artificial. Esse processo iniciou-se com a Lei 8.056, de 28.6.90 e tem tido prosseguimento até a atualidade.

Como se sabe, a atual Lei 4.595/64, ao instituir o SFN, com o CMN na qualidade de órgão de cúpula, esteve fundada no princípio da delegação do poder de legislar, cabendo a este último órgão fazê-lo — como o tem feito exaustivamente — na regulamentação dos mercados, das operações e das instituições que naqueles operam.

69. Não é unânime essa interpretação, ao menos quanto ao caráter de norma auto-aplicável, entendendo-se que ela estaria sujeita à futura regulamentação do art. 192 da CF. Por outro lado, o dep. Fernando Gasparian continuaria entendendo ser possível a delegação de poderes pelo Legislativo a um órgão do Executivo, não tendo a Magna Carta extinguido o CMN, por tratar-se de um órgão do Executivo (FIPE/USP, ob. cit., p. 72).

Verifica-se que o CMN tem exercido, em parte, a função de *board* do Banco Central, ao lado de muitas outras que não são próprias de órgãos desta espécie, pois, como se verificou neste trabalho, foram atribuídas a este último inúmeras funções não típicas.

Considerando-se a perda da competência do CMN e a necessidade de se obedecer aos ditames da Constituição, na regulamentação do seu art. 192, o dep. Fernando Gasparian apresentou ao Congresso um projeto de lei criando uma Comissão Mista do Sistema Financeiro, para o fim de substituir aquele órgão nas funções que lhe foram atribuídas pela Lei de Reforma Bancária.

Defendendo as idéias expostas em seu projeto, o dep. Gasparian alega que, em outros países nos quais funcionam Bancos Centrais, não existe um órgão semelhante ao nosso CMN, cujos membros não são eleitos pelo povo, não possuindo representatividade, a qual somente seria encontrada nas pessoas dos parlamentares, mais ligados à vontade popular. Por esse motivo, as tarefas do CMN deveriam ser outorgadas a uma comissão mista do Senado e da Câmara.⁷⁰ Criar-se um Banco Central autônomo não quer dizer tirá-lo da esfera do governo para subordiná-lo ao Legislativo.

Não se pode concordar com a posição acima enunciada, pois, diante da necessidade de se criar Bancos Centrais autônomos, tem-se visto que, no direito comparado, nem o Poder Legislativo nem o Executivo mantém sobre aqueles um poder expressivo de intervenção e controle, no campo das atribuições inerentes às políticas monetária, creditícia e cambial, sob pena de se lhes esvaziarem completamente as condições de exercício de suas atribuições técnicas. A representatividade popular não é requisito posto em qualquer legislação para

o preenchimento da função de administrador de um Banco Central autônomo.

A restrição constitucional do impedimento à delegação tem explicações nas resistências do Congresso à atuação pregressa do CMN, que teria alcançado um poder legislativo paralelo e sem controle, prestando-se docilmente aos interesses governamentais.

Mas a solução encontrada, tendo se orientado para a proibição da delegação de competência legislativa trará, certamente, mais problemas novos do que resolverá os antigos.

Inicialmente, constata-se que o Congresso não está dotado de estrutura técnica para legislar sobre matéria econômico-financeira, em suas particularidades. A ele deveria caber, tão-somente, traçar as linhas gerais desses segmentos, deixando que órgãos especializados cuidassem da regulamentação cabível. Até o advento da atual Constituição esse papel estava a cargo do CMN. Na proposta a ser explicitada pelo autor linhas adiante, o CMN deixa de ser necessário, passando seu papel a ser feito pelo Colégio de Governadores do novo BCB, a exercer o correto e bem dimensionado papel de *board* dessa instituição de comando.

O CMN pode e deve desaparecer, a partir da criação de um BCB autônomo e especializado em suas tarefas clássicas de controle da moeda e do crédito, distribuindo-se as demais entre outros órgãos do governo, como o Ministério da Fazenda, por exemplo.

Em segundo lugar, não tem o Legislativo condições de regulamentar o mercado com a presteza que ele requer, pois mudanças repentinas das condições econômico-financeiras, tanto internas quanto externas, apresentam resultados imediatos e devem, muitas vezes, serem tratadas rapidamente pela edição de novas normas. Para esse efeito o Legislativo é lento e, muitas vezes, inclusive, pode estar em recesso.

70. *Apud* FIPE/USP, ob. cit., p. 73.

De outro lado, as regras sobre os mercados, operações e instituições devem ser coerentes entre si, guardando respeito, harmonia e organização hierárquica, não podendo estar subordinadas a aspectos “políticos” de momento, ou à formação de um consenso no âmbito das casas legislativas.

Por esses motivos, será imprescindível a reforma da regra que impede a delegação legislativa nas matérias de interesse do futuro BCB, objetivando seja estabelecida a autonomia que dele se requer, estabelecendo-se critérios de controle pelo Congresso.

6.2 Alguns modelos de BCB em estudo

Procurando regulamentar o art. 192 da CF, têm surgido diversos trabalhos no âmbito do Legislativo e fora dele. Voltaremos nossa atenção, em seguida, para algumas dessas propostas, centrando o exame, especialmente, sobre as características básicas imaginadas para o novo BCB e sua autonomia, em particular.

Não há condições para a análise de todos os projetos de lei e de outros trabalhos a título de anteprojetos, tendo se escolhido apenas dois para tal finalidade, estudando-se conjuntamente os projetos Dornelles e César Maia, especialmente este último, por ter sido oferecido como primeiro relator da Comissão Especial do SFN,⁷¹ ora substituído pelo dep. Gonzaga Mota.

6.2.1 Os Projetos Francisco Dornelles e César Maia

O projeto do Deputado Francisco Dornelles (n. 47/91) foi utilizado em grande parte como a base sobre a qual

se fundou o Projeto César Maia, que foi o relator da Comissão Especial do SFN da Câmara dos Deputados. Por esse motivo eles podem ser estudados em conjunto, fazendo-se as citações dos seus dispositivos com as distinções cabíveis.

No projeto CM desaparece o CMN, substituído por um órgão colegiado a ser instituído pelo Presidente da República, sem ação normativa (*sic*, leia-se competência), com a finalidade de zelar pela coordenação e a compatibilização das políticas fiscal, financeira e cambial, entre si, e com a política monetária (art. 2.º, § 1.º). São membros natos desse órgão o Ministro da Fazenda, na qualidade de Presidente, e o Presidente do BCB.

Inexistindo competência normativa para aquele órgão colegiado, sua função seria, meramente, a de conselheiro do governo. No entanto, como será visto abaixo, o projeto contradiz-se no seu sistema, pois em muitos casos, outorga poderes legiferantes ao conselho deliberativo e ao próprio BCB.

A existência desse órgão colegiado implica na continuidade da dependência do BCB ao governo, devendo ser suprimido.

Ao BCB é atribuída a função precípua de guardião da moeda nacional, cabendo-lhe cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares aplicáveis às instituições financeiras, de acordo com os objetivos especialmente elencados (arts. 3.º do PFD e 4.º do PCM). O termo regulamentares indica que o BCB estaria submetido a normas baixadas por algum outro órgão, por meio de delegação de competência e contradizer-se-ia, assim, com as disposições constitucionais proibidoras desse instituto.

Os dois textos supramencionados estão eivados de normas programáticas, vazias de maior conteúdo operacional, e, especialmente no segundo, de outras

71. Ficaram sem apreciação, por exemplo, o projeto do dep. José Fortunatti (n. 117, de 1992) e o do dep. José Serra. De outro lado não puderam ser também examinados o anteprojeto do PMDB e o da Academia Internacional de Direito e Economia.

delimitadoras das tarefas do BCB em limites muitas vezes tão estreitos que dificultarão significativamente a sua atuação, pela incapacidade de agir de *motu proprio*.

Caberia ao Presidente da República a formulação da política monetária, a partir de proposta elaborada pelo Presidente do BCB (art. 5.º, PCM). Essa noção é completamente descabida e não encontra paralelo em nenhum modelo do direito comparado. Ela não foi, corretamente, acolhida no PFD, que dá ao BCB competência privativa para executar a política monetária e assegurar a sua preservação (art. 4.º, II). Há de existir uma separação completa entre o BCB e o governo na execução da política monetária, embora ambos devam trabalhar de forma harmônica.

O PCM estende-se, desnecessariamente, sobre o modo de execução da política monetária, utilizando-se, até, de alguns conceitos econômicos e contábeis óbvios e absolutamente desnecessários, como é o caso do capital social e patrimônio líquido (art. 7.º, § 1.º). É certo que a lei regulamentadora do SFN deverá estabelecer parâmetros fixos para a atuação do BCB, tarefa, contudo, a ser efetuada em linhas mais gerais.

Segundo dispõe o art. 6.º do PCM, cabe ao BCB submeter ao Presidente da República anteprojeto de lei respeitante à programação monetária anual, por este podendo ser revisto, para o fim de ser encaminhado ao Congresso Nacional até 75 dias anteriores ao término do ano legislativo. Essa orientação não estava presente no PFD, o qual, no art. 4.º, XI, dizia caber ao BCB elaborar e encaminhar aos Poderes Legislativo e Executivo a programação monetária anual, com a estimativa das necessidades globais de moeda.

No direito comparado, as metas monetárias anuais cabem, exclusivamente, aos Bancos Centrais, sem interferência do governo ou do Legislativo para sua

formulação. Na esfera do governo, as metas de expansão monetária poderão ser indesejavelmente afetadas pela realização de política desenvolvimentista deficitária, ou, mesmo, por pressões eleitorais, no âmbito deste ou do Legislativo. Assim sendo, a regra é absolutamente condenável.

Na verdade, a programação monetária anual refoge a uma estipulação legal, pois trata-se, apenas, de uma previsão de valores nas contas do BCB, não havendo vinculação normativa, tal como acontece no orçamento fiscal, onde se indica em que e quanto se poderá gastar, à luz da receita prevista.

As metas de programação monetária anual serão informadas ao Presidente da República, ao Congresso Nacional e à sociedade, inexistindo, evidentemente, necessidade de aprovação superior quanto à estimativa feita pelo BCB.

O poder de emissão do BCB, no projeto CM também é cerceado, de outra parte, pelo inc. II do art. 7.º, segundo o qual as emissões manuais de curso forçado são limitadas pela Lei de Programação Monetária Anual, de responsabilidade do Congresso, conforme se viu acima. Ainda no campo da política monetária, aquele órgão seria o seu mero executor, nos termos do inc. VII, do mesmo art. 7.º.

Alertando, por outro lado, para o problema da competência regulamentar e sua vedação pela atual Magna Carta, conforme pensam alguns intérpretes, segundo já se estudou supra, observa-se a existência daquele poder em diversos incisos dos arts. 7.º e 8.º e outros do PCM, e dos arts. 4.º, 5.º e outros do PFD, onde se estabelece a competência privativa do BCB.

É evidente que torna-se impossível o exercício das funções próprias de um BC, diante da proibição de competência legislativa de segundo nível. Assim sendo, ou interpreta-se diferentemente a Constituição, ou ela deverá ser reforma-

da para permitir a delegação, em certos termos.

Os projetos sob estudo mantêm a faculdade da negociação, pelo BCB, de títulos do Tesouro Nacional no mercado aberto, com operação destinada ao exercício da política monetária. Essa prerrogativa está fundada e limitada, evidentemente, pelo disposto no art. 164, da Constituição Federal, onde se proíbe o financiamento direto ou indireto do Tesouro Nacional (arts. 9.º do PCM e 6.º do PFD).

O art. 7.º, inc. XXVIII do PCM marca a dependência do BCB à Presidência da República, sob outro ângulo, ao submeter a este a aprovação do seu regimento interno. O PFD dá autonomia ao Conselho Deliberativo para elaborar o regimento interno do BCB (art. 11, I), orientação mais compatível com a independência do órgão, presente em diversos modelos do direito comparado.

Em certas situações de emergência, o BCB poderá adotar medidas objetivando resolver os problemas delas originados, *ad referendum* do Presidente da República, conforme disposto no § 3.º do art. 7.º do PCM. Além de enfatizar a dependência do órgão quanto ao governo, a regra apresenta-se perigosa na medida em que possa não se obter a autorização presidencial, devendo ser anulados ou reformulados os efeitos das medidas tomadas, surgindo evidente perigo para a segurança do direito.

O art. 11 do projeto CM amplia de forma desmesurada a obrigação da prestação de informações pelo BCB. Para melhor delimitar esse campo e impedir a sua subordinação indireta a outros poderes e órgãos, deve-se limitar tal dever “à prestação de contas sobre suas atividades”.

No campo da organização do BCB, ambos os projetos conceituam-no como uma instituição financeira “singular” de direito público (arts. 13, *caput* do PCM e 2.º, *caput* do PFD), figura inexistente

no direito administrativo, devendo ser fixada sua real natureza jurídica que, hoje, é a de uma autarquia federal.

A administração do órgão ficará a cargo de um Conselho Deliberativo e de uma Diretoria Executiva, cujos membros são titulares de mandatos fixos de seis anos, permitida a sua recondução (arts. 14 do PCM e 9.º e 10, III do PFD). O PCM é mais adequado na estruturação do Conselho Deliberativo, pois adota a renovação anual e alternada dos seus membros, tal como se faz em outros Bancos Centrais, no direito comparado (art. 14, § 1.º). De qualquer maneira, dentro desse sistema, dever-se-á ter a preocupação fundamental de não fazer coincidir o mandato fixo dos dirigentes do BCB com o do Presidente da República, evitando-se nomeações de natureza política.

Verifica-se, portanto, que o Conselho Deliberativo ocupará parte das funções hoje de responsabilidade do CMN, na condição de *board* do BCB. Dentre seus próprios membros sairão aqueles que exercerão as funções executivas deste último. Há, no aspecto funcional, uma certa semelhança entre o conselho administrativo das sociedades anônimas e sua diretoria.

Há uma diferença entre o CMN atual e o Conselho Deliberativo do projeto sob exame, pois, neste último, o *board* do BCB adquire um nível de especialidade nas suas funções e de autonomia perante o governo que o primeiro não possui, sendo louvável nesta parte a solução apresentada.

O Conselho Deliberativo é formado por onze membros, cujos nomes são indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal, por voto secreto (arts. 15, *caput* do PCM e 10, II do PFD). A perda do mandato é limitada à exoneração a pedido e à demissão pelo Presidente da República após obter autorização do Senado Federal, por voto

secreto (art. 15, § 3.º, *a* e *b* do PCM e art. 10, § 2.º do PFD).

Os projetos merecem elogios nesta parte, pois oferecem um esquema bastante aceitável para dar ao BCB a necessária independência, no tocante à escolha dos seus administradores e à impossibilidade de demissão *ad nutum*. Torna-se imperioso, no entanto, completar-se as propostas pela inclusão de determinação no sentido de que a demissão de iniciativa do Presidente da República seja motivada, para que o Senado possa deliberar sobre o pedido, e pela reformulação de certas idéias neles presentes, que não levam à plena autonomia, como já destacado linhas acima.

O § 4.º do art. 15 do PCM e o art. 10, § 6.º do PFD proíbem seja conduzido ao cargo de membro do Conselho Deliberativo quem possa ter interesse conflitante com os objetivos da instituição, impedindo que a pessoa para tanto designada utilize-se, em qualquer época, de informações obtidas no exercício do cargo, em proveito próprio ou de terceiros.

Como se verifica, nesta última parte os projetos sob exame deixam de estabelecer um prazo de incompatibilidade e desincompatibilidade quanto ao exercício das funções de administrador de instituições financeiras, para efeito da designação como membro do Conselho Deliberativo, tal como ocorre no direito comparado. Seria desejável a fixação de tal limite temporal. Esse tipo de regra, ausente em ambos os projetos, cria uma segurança de natureza clara e objetiva, vinculada à extensão do período de impedimento e ao desconhecimento natural dos negócios da instituição que naturalmente acontece com o passar do tempo. As normas dos projetos, por outro lado, ao tratarem da proibição permanente do uso de informações obtidas no exercício do cargo trazem grande dificuldade de aplicação, pois sua comprovação será de tarefa difícil sob o ponto de vista probatório.

Há uma novidade importante, prevista no § 7.º do art. 16 do PCM e art. 10, § 5.º do PFD, consistente na responsabilidade civil, penal e administrativa dos membros do Conselho Deliberativo, que praticarem atos de gestão em desacordo com normas legais e regulamentares, devendo responder de forma solidária pelos prejuízos que causarem. A responsabilidade penal é, aqui, impropriamente incluída, pois ela depende da existência prévia de tipos legais.

De forma a haver um certo nível de entrosamento entre o BCB e o governo, no campo econômico, cabe ao Ministro da Fazenda o direito de participar das reuniões do Conselho Deliberativo daquele órgão, podendo pedir a suspensão de qualquer deliberação, solicitando a rediscussão da matéria no prazo de até dez dias, caso entenda conveniente ao interesse nacional (art. 16, *caput* e *a* do PCM). É importante frisar que, nessas reuniões, o Ministro da Fazenda não tem o direito de voto, de maneira a ficar evidenciada a independência do Conselho Deliberativo perante o governo.

Como forma de obter-se efetividade e representatividade das medidas tomadas pelo Conselho Deliberativo, elas somente entrarão em vigor se aprovadas por 3/5, no mínimo de seus membros (art. 16, *b*). Essa matéria é remetida para o regimento interno, no PFD, pois inexistente norma direta sobre tal assunto no seu texto.

Ao próprio Conselho Deliberativo incumbe indicar, dentre os seus membros, aqueles que comporão a Diretoria executiva, formada por cinco dos seus componentes, devendo a nomeação do Presidente do Banco Central ser feita pelo Presidente da República e aprovada pelo Senado, por voto secreto, após arguição pública (art. 17 do PCM). Considerando-se a elevada especialidade de funções no BCB, seria aconselhável que ao próprio Presidente da República competisse a indicação dos direto-

res desse órgão, ouvido o Ministro da Fazenda, subordinando-se todos eles a arguição pública pelo Senado e a aprovação por este.

No projeto FD, estabelece-se orientação no sentido de que, dos membros do Conselho Deliberativo, três serão originados do quadro de pessoal do BCB, e dois destes integrarão a Diretoria Executiva (art. 10, § 1.º).

O Regimento Interno do BCB será elaborado pelo Conselho Deliberativo, sendo a proposta respectiva submetida ao Presidente da República e, por este encaminhado ao Senado Federal para sua aprovação. Nesse documento, de suma importância para o BCB, serão especificadas as atribuições do Conselho Deliberativo, da Diretoria Executiva, do seu Presidente e demais diretores, com a definição dos assuntos de responsabilidade da Diretoria, a fixação da estrutura organizacional, etc. (art. 18, *caput* do PCM). No PFD, não é previsto o encaminhamento do regimento interno ao Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal, cabendo a sua elaboração e aprovação exclusivamente ao Conselho Deliberativo. Nessa última proposta, trabalhou o seu autor dentro de um conceito de Banco Central mais autônomo, conforme alguns dos modelos do direito comparado.

Seguindo a linha já utilizada atualmente, o quadro do BCB será formado por pessoal estruturado em carreira, com estatuto próprio e constituído, exclusivamente, de funcionários aprovados em concurso público de provas ou de títulos e provas, sendo nula admissão processada sem observância das exigências supramencionadas (PCM, art. 18, I e PFD, art. I e II).

É sumamente importante a estruturação do quadro de pessoal dos Bancos Centrais, tendo o estudo do direito comparado mostrado grande preocupação com esse tema.

O art. 20 estabelece o destino do patrimônio do BCB, ficando prevista a transferência periódica para o Tesouro Nacional de parcela das suas receitas, não podendo o seu ativo imobilizado ultrapassar as necessidades relativas ao exercício de suas atividades, meta a ser estabelecida em planos quinquenais. Nasce um problema prático, qual seja, justamente, o de saber-se quais serão as necessidades do BCB em um determinado exercício futuro, havendo o risco de sua excessiva descapitalização caso a transferência de resultados ultrapasse o montante do que se fará exigível no futuro.

O art. 21 estipula deva o BCB instituir um sistema contábil compatível com sua natureza específica e a obrigação de publicar balanços semestrais. Seria necessária a previsão de relatórios periódicos para apreciação pelo Senado Federal, dentro do esquema existente no projeto, de forma a haver plena transparência na atividade daquele.

O § 4.º do mesmo art. 21 enuncia que o Presidente da República encaminhará ao Congresso Nacional o orçamento anual do BCB, na forma do inc. II do § 5.º do art. 165 da CF. Na verdade, esse dispositivo da Magna Carta não se aplica ao caso, porque ele se refere ao orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto. Evidentemente, não se trata do BCB, tal como estruturado no projeto sob estudo, que não é uma sociedade anônima de economia mista, nem uma empresa pública: é uma instituição financeira singular de direito público, conforme já foi comentado acima.

Os arts. 56 e 57 do PCM mantém, no BCB, a competência para decretar intervenção nas instituições financeiras, remetendo a matéria para regulamentação por lei ordinária, a qual deverá substituir a atualmente em vigor, de n. 6.024/74.

O art. 58 do PCM caracteriza os crimes de usura, de operação como instituição financeira sem a devida autorização legal e de quebra de sigilo bancário.

Entende-se deva a limitação dos juros ser excluída do texto constitucional, disso resultando o desaparecimento do crime de usura na órbita do SFN o qual, de resto, sempre foi letra morta no direito brasileiro.

A moderna tendência do direito penal incentiva o seu enxugamento, nele permanecendo como crimes apenas as condutas sociais mais graves. Nesse caso, operar como instituição financeira sem a devida autorização do BCB deve continuar sendo apenas ilícito administrativo.

O crime de quebra do sigilo bancário deve continuar previsto na legislação, cabendo sua cuidadosa regulamentação à renovação da lei ordinária, não havendo espaço para o seu tratamento neste local.

Há idéias no sentido de se voltar a outorgar ao Judiciário a competência para processar as liquidações de instituições financeiras, não sendo esse um problema de fácil resolução e nem este o lugar para abordá-lo. De qualquer maneira, não poderia o BCB deixar de atuar no campo da intervenção, pertencente ao direito administrativo e, portanto, afeto à natureza daquele órgão, cuja função, entre outras, é a de zelar pela estabilidade e regularidade das empresas do mercado financeiro. O que está em discussão é a passagem para o Judiciário dos processos de concurso de credores objetivando o recebimento de seus créditos perante uma instituição financeira insolvente.

Os arts. 59 e 60 do PCM encerram o tratamento dos juros reais, em obediência ao § 3.º do art. 192 da CF. O tema mereceu destaque em tópico próprio deste trabalho.

O PFD apresenta algumas normas destinadas a regular a prestação de

informações, seja as requisitadas pelo BCB, sejam aquelas a ele requeridas (arts. 12 e 13). Quanto a estas últimas, a proposta revela-se incompleta, considerando-se os termos do art. 38 da Lei 4.595/64, onde o assunto é tratado dentro do tema do sigilo bancário, de fonte constitucional, resguardando-se o acesso indiscriminado de informações. Dada a importância do tema, ele deveria receber tratamento mais completo e adequado na Lei Complementar de que se cuida, não se esquecendo que o Brasil atravessa, sob tal aspecto, um momento singular, pois há pressões políticas de natureza fiscal no sentido de se poder investigar mais facilmente as operações bancárias, enquanto que os particulares procuram manter um nível mínimo de privacidade. Esse assunto foi particularmente caro às discussões sobre o IPMF recentemente introduzido em nosso sistema legal.

Ainda quanto ao problema da prestação de informações pelo BCB e a questão do sigilo bancário, o PCM é mais completo e mantém, basicamente, o sistema atualmente em vigor, conforme as regras enunciadas nos seus arts. 11 e 34.

Ambas as propostas em estudo obrigam o BCB a enviar relatórios periódicos de sua atividade ao Presidente da República, ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União (PCM, art. 12 e PFD, art. 14). Embora busque-se o nível legal adequado de independência do BCB, esse objetivo não significa que não esteja obrigado a prestar contas de sua atividade e de sua situação financeira e patrimonial, pois ele se apresenta como uma entidade especial dentro do Poder Executivo, relacionando-se com os demais poderes constitucionais.

Depois das considerações feitas sobre os projetos acima referidos, conclui-se que eles necessitam de aperfeiçoamento, destacando-se que o de autoria do dep. César Maia foi apresentado ao Presidente

da Comissão Especial do SFN na qualidade de texto final da aludida comissão, da qual aquele parlamentar foi o relator.

6.3 As idéias do “currency board” e da privatização da moeda

Objetivando extirpar a inflação crônica que o Brasil tem atravessado, o economista André Lara Rezende, em estudo acadêmico,⁷² propõe a criação de um novo órgão emissor completamente independente, o *currency board*, que funcionaria paralelamente ao BCB.

O “Conselho da Moeda” teria como incumbência exclusiva a emissão e controle de uma segunda moeda nacional, lastreada no dólar (como âncora cambial), a uma taxa fixa de câmbio, obrigatoriamente conversível naquela, com circulação concomitante à da moeda nacional “comum”.

A moeda emitida pelo *currency board* somente poderia ser negociada com o BCB e com as empresas do sistema bancário, contra o pagamento e recebimento de dólares.

O governo não teria meios para financiar o seu déficit público em moeda forte, porque o poder de emití-la não lhe pertenceria. De tal fato resultaria a imposição do ajuste fiscal, sem o qual inexisteriam condições para a rolagem da dívida pública, pois o mercado não aceitaria títulos pagáveis em moeda fraca, emitida pelo BCB.

Paulo Nogueira Batista Júnior, apreciando a idéia da criação do “Comitê da Moeda”,⁷³ critica-a, alegando ter sido um sistema de organização monetária típico das colônias inglesas antes da

Segundo Guerra Mundial, sobrevivendo atualmente apenas em algumas pequenas cidades-estado ou colônias, como é o caso de Cingapura, Hongkong e Brunei, tendo sido recente e excepcionalmente implantada em 1992 na Estônia, como parte de um convênio *standy by* com o FMI. Com a independência das antigas colônias, o *currency board* foi extinto e, em seu lugar, estabelecidos Bancos Centrais, tendo em conta que a soberania monetária faz parte essencial da soberania nacional.

Trata-se, evidentemente, de uma proposta do tipo “heterodoxo”, que necessitaria de maiores estudos objetivando verificar-se a sua efetividade. Seria imprescindível criar-se a independência completa do *currency board* quanto aos demais poderes no tocante à prerrogativa de emitir a nova moeda, toda ela lastreada em dólares. Ademais disso, do ponto de vista jurídico, verifica-se que se tornaria necessária uma alteração do teor do art. 192 da CF, pois seu texto fala somente da organização, do funcionamento e das atribuições do BCB, não havendo brecha legal para a interposição de um órgão novo com poder de emitir.

Segundo Paulo Nogueira Batista Júnior,⁷⁴ as propostas de combate à inflação, seja através do BCB, seja pela utilização de algum outro órgão do tipo do “Comitê da Moeda”, têm sido conjugadas com a utilização de algum sistema de dolarização da economia, pelo recurso a uma chamada “âncora cambial”.

Todos esses estudos, segundo o professor acima citado, não passariam de mais um modismo da economia, tal como outros que já foram anteriormente pensados e, até, aplicados sem qualquer sucesso em nosso país.

Examinando os efeitos da dolarização, aquele economista apresenta inúmeros problemas para a sua adoção, podendo

72. Publicado na *REP*, 4.º trimestre/92. v. tb. artigos de Fábio Pahim e Joelmir Betting, in *O Estado de São Paulo*, caderno de Economia, de 19 a 22.8.93).

73. “Privatizar a moeda é saída para a inflação”, in *O Estado de São Paulo* de 8.9.93, caderno de Economia, p. 8.

74. Ob. cit., loc. cit.

se falar, resumidamente, nos seguintes: a) perda da autonomia nacional na condução da política econômica; b) imobilização da política cambial; c) possibilidade do surgimento de elevada inflação em dólares; d) processo meramente unilateral, sem esquema de segurança; e) a dolarização exigiria alguma forma de confisco.

Em vista das dificuldades acima apresentadas, Paulo Nogueira Batista Júnior sugere um outro tipo de saída para a extinção da inflação brasileira, a ser encontrada no setor privado, que não se encontra numa crise tão grande quanto à do Estado, tendo conseguido ajustar-se às circunstâncias econômicas desfavoráveis, podendo ser um ponto de apoio da estabilização monetária.

Nesse contexto, aquele economista sugere um outro tipo de solução heterodoxa, pela qual o Estado transferiria, por algum tempo e de forma parcial, certas atribuições monetárias para uma entidade de capital privado, pondo em uso um sistema de âncora interna.

A solução alvitrada pelo Prof. Paulo Nogueira Batista Júnior, que não pode ser aqui estudada por absoluta falta de espaço, apresentaria, na sua adoção, uma série de problemas novos para serem equacionados, não se afastando com ela a possibilidade da fuga dos ativos financeiros para outra moeda que não a criada pelo banco emissor, na medida em que ele mesmo não viesse a gozar da confiança do público.

Problemas legais diversos teriam de ser superados, inclusive a mudança da Constituição Federal, onde não existe a possibilidade atual da criação de um banco dessa natureza. De outro lado, a subscrição compulsória de quotas dificilmente fugiria à caracterização de confisco por parte dos tribunais brasileiros, mesmo prometendo-se sua devolução e participação nos lucros, sendo o caso dos chamados "empréstimos compulsó-

rios" de governos recentes um dos muitos a ocuparem a nossa Justiça.

Não se vê a razão da convivência de dois Bancos Centrais para a mesma finalidade, sendo certo que o atual BCB teria plenas condições de dar estabilidade à moeda, caso presentes as premissas necessárias, tais como a sua plena independência, a partir da qual o governo não mais teria qualquer poder monetário.

6.4 Noções gerais sobre o modelo do novo BCB na proposta do autor

Não há, como se viu, um arquétipo rígido para os Bancos Centrais, pois cada um deles deve estar ligado em sua organização, funcionamento e competência ao sistema político-econômico e à estrutura financeira vigente do seu país.⁷⁵

Evidentemente, estando os Bancos Centrais, em todo o mundo, direcionados para a política monetária, haverá um modelo básico, cujas funções (chamadas clássicas) serão mais ou menos comuns a todas as instituições do gênero, as quais variarão neste ponto em medida não muito ampla. Outras atribuições dos Bancos Centrais dependerão do contexto político-econômico no qual se situarem.

A análise não exaustiva feita nos itens anteriores deste trabalho indicou que os problemas até hoje enfrentados pelo SFN, de maneira geral, e pelo BCB em particular, são diretamente originados no desequilíbrio das finanças públicas e na necessidades do permanente giro da dívida pública interna e externa. Destacam-se as dificuldades causadas pelo descontrole dos bancos públicos e pelo financiamento aos seus respectivos Tesouros. Tudo isso tem levado, como consequência, à emissão descontrolada de moeda, causando inflação.

A proposta de reforma dos SFN, com o novo BCB, à sua frente tem que ser condizente com a criação de mecanis-

75. Cf. Tamagma, ob. cit., p. 1.

mos legais e institucionais capazes de superar os pontos acima referidos, caso contrário, as medidas a serem futuramente adotadas terão o caráter puramente cosmético e paliativo, não se chegando à finalidade desejada de se debelar a inflação e criar-se algum dia uma moeda interna forte. Para esse efeito, as considerações até agora aqui efetuadas já deram o balizamento mínimo necessário, a começar pela imprescindível atribuição de independência ao BCB.

De outra parte, ao se criar um Banco Central — no nosso caso, tratando-se de sua reformulação — deve-se ter em conta as estruturas políticas e financeiras do país, sabendo-se que elas se modificaram em grande medida no Brasil desde 1964, quando se fez a chamada “reforma bancária”, com a Lei 4.595, pela qual se instituiu o SFN.

Há um Brasil novo, em todos os aspectos, a ser considerado na construção do novo BC.

Não se pode esquecer da existência de vários “Brasis”, dentro de um Brasil Maior, tema a merecer a atenção dos legisladores do futuro BCB, sendo notórias as disparidades entre os estados desenvolvidos do Sul-Sudeste e os subdesenvolvidos do Norte-Nordeste, apresentando-se, dentro dessas mesmas regiões e em outras, algumas situações econômicas contraditórias, quistos de grande miséria, localizados no interior e, até mesmo, nos centros urbanos de maior densidade demográfica.

A centralização das decisões monetárias em Brasília, a partir de informações e contatos diretos reduzidos quase que exclusivamente ao eixo Rio-São Paulo, tem levado a adoção de políticas atendedoras das condições de mercados de elevado nível técnico, não tendo havido contribuição significativa das Delegacias Regionais sediadas em outros pontos do território nacional, dadas a falta de competência própria no campo

monetário, principalmente. Elas têm se reduzido ao papel de entrepostos de documentos a serem enviados para a sede distante.

Isso leva a pensar, necessariamente, na possibilidade da existência não de um Banco Central unificado, como é o caso do modelo europeu, mas de um Sistema Brasileiro de Reserva — SBR, a exemplo do praticado nos Estados Unidos da América.

Embora a CF refira-se a um “Banco Central” (arts. 52, III, *d*, 164, §§ 2.º e 3.º e 192, IV), nada impediria que ele fosse constituído segundo um modelo de sistema federal de reserva. Entendendo-se haver limitação constitucional presente para tanto, aproveitar-se-ia a ocasião da reforma que se avizinha, para adaptar o seu texto à conformação ora proposta.

Certamente a condição política da federação brasileira é completamente diversa daquela verificada nos Estados Unidos, onde a autonomia local é efetiva. Mas a política monetária de um mesmo país, dotado de uma única moeda, somente pode ser realizada em caráter nacional e abrangente, dentro de parâmetros gerais comuns, o que tanto ali como aqui justifica uma “centralização descentralizada”.

De resto, pensa-se em reformar a Constituição, enxugando o governo central de inúmeras atribuições que pesam sobre o seu orçamento, repassando uma série de delas para os Estados e Municípios, que estão mais próximos dos locais onde as necessidades se fazem sentir, com isso se fortalecendo a federação e eliminando-se uma grande estrutura piramidal de atendimento e controle, na esfera federal. Essa linha de mudanças seria perfeitamente compatível com a adoção de um Sistema Brasileiro de Reserva.

Em linhas gerais, poder-se-ia pensar, inicialmente, na constituição de um Sistema Brasileiro de Reserva — SBR,

composto por três Bancos Centrais regionais, a serem chamados de Bancos Distritais de Reserva (BDRs), sediados na região Sul-Sudeste, Norte-Nordeste e Centro-Oeste, cuja atuação comum adviria das deliberações do Colégio de Governadores (ou Conselho Deliberativo), com sede na Capital Federal. Mas cada BDR poderia adotar uma política monetária diferente, em certos limites, para cada uma das regiões que estivesse sob sua administração.

Não há como se comparar, por exemplo, o complexo centro financeiro formado pelo eixo São Paulo-Rio de Janeiro, onde já são de domínio comum as técnicas sofisticadas dos mercados futuros, com as praças mais atrasadas dos estados do Nordeste brasileiro, onde até o cheque não é tão utilizado como em outras regiões, caracterizando-se ali uma economia mais monetizada e cujas necessidades de crédito são bem diferentes, em certos segmentos, daquelas encontradas alhures.

A exemplo do modelo norte-americano,⁷⁶ o nosso SBR deveria ser estruturado a partir do desenho de uma pirâmide, em cuja base estivessem as instituições-membro. Acima delas colocar-se-iam os três BDRs, com sede, por exemplo, o Sul-Sudeste em São Paulo, o Norte-Nordeste em Recife e o Centro-Oeste em Campo Grande ou Goiânia, levando-se em conta o critério do nível de desenvolvimento econômico-financeiro de cada uma dessas regiões. Como órgão de cúpula, sediado em Brasília, ter-se-ia a Junta de Governadores ou Conselho Deliberativo, como se queira.

Essa Junta de Governadores realizaria, de forma mais aperfeiçoada, o papel de *board* do BCB, hoje em parte e imperfeitamente exercido pelo CMN, conforme dito linhas no tópico anterior. Ao contrário do pensamento de alguns

membros do Congresso Nacional,⁷⁷ não poderia haver injunção direta do Poder Executivo e nem do Legislativo sobre esse órgão e nem sobre os BDRs, preservando-se sua autonomia política e técnica.

A formulação e execução das políticas monetária e cambial caberiam exclusivamente ao SBR, mediante contatos com o governo no nível de meras consultas, sem poder este último vetar as deliberações tomadas pelo primeiro, na qualidade de único responsável pela função de guardião da moeda. A programação monetária anual deverá ser comunicada pelo Presidente do SBR ao Ministro da Fazenda e ao Congresso Nacional até sessenta dias após a aprovação da lei orçamentária anual, acompanhada de notas explicativas.

Fica evidenciado que o poder de controle de moeda pelo SBR estará na dependência da fixação de um orçamento elaborado a partir de dados reais, havendo compatibilidade entre receita e despesas, afastada a possibilidade de déficit do Tesouro. Assim, sem uma profunda e completa reforma fiscal, inexistirá qualquer modelo de Banco Central que possa funcionar.

Seria mantida a proibição de financiamento dos governos federal, estadual e municipal pelos BDRs, a qualquer título. Nesse campo, como função derivada do exercício das políticas monetárias e cambial, o SBR poderia comprar e vender títulos daqueles governos, desde que emitidos com lastro fiscal, que seria a garantia oferecida ao SBR.

A competência para formulação e execução da política monetária incluiria, além da exclusividade para emissão de moeda de curso apenas as funções clássicas, em sentido estrito, das quais já aqui se falou extensivamente.

77. A exemplo de Mailson da Nóbrega, para quem devem participar desse órgão membros dos três poderes (cf. FIPE/USP, *ob. cit.*, p. 74).

76. Cf. Simpson, *ob. cit.*, pp. 189-194.

Dentro de um modelo ideal de controle da moeda, deveriam ser privatizadas todas instituições estaduais, bancárias e não bancárias, devendo esses governos utilizarem-se da rede privada para a execução de seus serviços de pagamento e recebimento, mediante a remuneração adequada a ser com esta contratada.

Os Estados e territórios poderiam constituir agências especiais de desenvolvimento, dotadas de recursos orçamentários devidamente lastreados (a figura indica ênfase na idéia) e de outros que correspondessem a repasses de programas internos e externos de desenvolvimento, cujos recursos correspondentes seriam liberados pela rede bancária privada, da qual os primeiros fossem meros "clientes".

No campo federal, deveriam ser privatizados a CEF, o Banco do Nordeste do Brasil e o Banco da Amazônia, passando à condição de bancos comerciais, assumindo o BB as funções mistas de banco comercial e de caixa do governo, bem como as de administração de fundos diversos, neste caso subordinado e fiscalizado diretamente pelos BDRs, quanto às diversas áreas geográficas nas quais seja dividido o país.

O BB poderia manter uma função de banco de fomento, para as áreas de interesse federal, com contas completamente separadas daquelas relativas à sua atividade comercial, aplicando, exclusivamente, recursos orçamentários e outros por meio de repasse estritamente direcionado, em benefício do desenvolvimento de áreas estratégicas, especialmente as agropecuárias, industriais e a da micro, pequena e média empresas. Dessa forma, o BB deixaria de ter uma função de BC de segunda linha, deixando de criar moeda paralela, problema que já foi resolvido, em grande parte, com a extinção da chamada "conta movimento", ocorrida anos atrás.

Caso não possa vingar a proposta da extinção dos bancos estaduais e a

privatização da CEF e dos demais bancos federais, exceto o BB, então deve-se alargar o nível de sua subordinação ao SBR, incluindo-se a possibilidade da decretação de intervenção administrativa *latu sensu*, chegando-se até à sua falência. Essa solução objetiva impedir que os governos desperdicem recursos preciosos na manutenção artificial de instituições insolventes.

Para efeito de sua fiscalização, elas deveriam obedecer a regras claras e obrigatórias de contabilidade, não mais se permitindo a postergação do lançamento de devedores duvidosos nas contas correspondentes, de forma a esconder-se um eventual passivo a descoberto.

De outro lado, os bancos federais e estaduais jamais poderiam fazer saques a descoberto na conta de "Reservas Bancárias", por eles mantidas junto aos BDRs, sendo esse um caso de liquidação extrajudicial automática. Em certas situações perfeitamente delimitadas, os BDRs poderiam fazer antecipações da receita orçamentária, por períodos extremamente curtos (no máximo uma semana), desde que oferecidas as devidas garantias orçamentárias ainda não comprometidas pelos bancos estaduais interessados. Assim, se um governo viesse a gastar mais do que lhe era permitido, sem lastro orçamentário, a contrapartida dar-se-ia por meio de cortes correspondentes em seu orçamento. Caso contrário, o banco seria definitivamente liquidado.

A competência dos BDRs para decretar a liquidação extrajudicial de bancos federais e estaduais, uma vez obedecidos os rígidos padrões legais, seria absolutamente incontestável e completamente imune a pressões de quaisquer espécies.

Somente assim será possível impedir-se o funcionamento de dezenas de Bancos Centrais paralelos no SFN.

Seriam membros obrigatórios automáticos do SBR todas as instituições financeiras hoje autorizadas a funcionar pelo BC.

O sistema de obrigatoriedade é mais aconselhável, tendo em conta que o mercado brasileiro ainda não estaria pronto para adesões facultativas, considerando-se, ainda, a futura institucionalização de um seguro de crédito em favor das poupanças populares, como determina o art. 192, VI da CF, a ser administrado pelo SBR e formado, como uma das alternativas possíveis, por contribuições dos seus membros.

O BCB foi criado como Autarquia Federal, tendo, portanto, todo o seu patrimônio pertencente à União.

Poder-se-ia pensar, no entanto, ao criar-se o SBR, em uma sociedade de economia mista, cujo capital deveria ser progressivamente adquirido pelos membros, mediante contribuições anuais que seriam pagas até atingir-se 49% do patrimônio do daquele, a partir do valor do patrimônio do atual BCB, que se transformará naquele.

Não se esqueça, que, nesta proposta, pensando-se em três Distritos Federais de Reserva, o BCB dividir-se-ia em três BDRs, com capitais proporcionais ao tamanho do mercado de cada uma das regiões onde aqueles fossem sediados.

O capital subscrito renderia dividendos anuais, toda vez que o BDR respectivo acusasse lucro, podendo esse valor ser utilizado para a subscrição de novas ações do capital daquele, caso julgado necessário para manter-se a segurança do sistema.

O número de diretores de cada BDR e do próprio SBR deverá ser determinado em função das necessidades do mercado, devendo ser fixada proporcionalmente, uma quantidade maior para o BDR de maior expressão. Todos deverão ter mandatos fixos não coincidentes com o do Presidente da República, a quem caberá indicar os seus nomes ao Senado.

Para que o SBR não vire um "cabide de emprego" poder-se-ia sugerir um total de 21 governadores, dos quais

teríamos: 1 Governador Geral, 1 Subgovernador geral, 3 vice-presidentes (1 para cada BDR) e 16 governadores, dentre os quais seriam tirados 8 diretores dos BDRs (4 para o de maior porte e dois para os demais, restando outros 8 governadores para formarem os conselhos locais e federal).

O Colégio de Governadores do SBR, formado por diretores dos BDRs, também deveria observar o critério proporcional. A maioria dos assentos em favor do maior BDR não deveria, contudo, determinar uma subordinação dos demais Distritos de Reserva a normas ditatoriais da maioria, devendo ser prescritas regras de independência relativa interna entre cada um desses distritos, de maneira a que pudessem adotar a política monetária adequada a cada uma das regiões onde se localizarem.

Junto aos BDRs e ao próprio SBR deveriam funcionar Comissões Consultivas, distritais e federais, respectivamente, destinadas a formar uma ponte entre as autoridades monetárias e a comunidade, para troca de informações, objetivando a formulação de políticas atentas às reais necessidades do governo e do próprio mercado.

Os membros das Comissões Consultivas seriam escolhidos entre os representantes das organizações representativas dos diversos tipos de instituições financeiras, da indústria e do comércio (dos patrões e dos empregados), das entidades de prestação de serviços de natureza econômica e dos consumidores. A sua colaboração seria gratuita, devendo ser reembolsados apenas de despesas de viagem e hospedagem para o comparecimento às reuniões para as quais fossem convocados.

No campo das suas atribuições legais, o SBR deverá obedecer a normas obrigatórias gerais, de forma a uniformizar-se a sua atuação em todo o território nacional.

Do ponto de vista negativo, o SBR jamais poderá estar ligado às funções de bancos de investimento ou desenvolvimento ou outras que não se relacionem com as funções típicas de Bancos Centrais.

A decretação da liquidação das instituições financeiras seria de responsabilidade do BDR, mas o seu processamento dar-se-ia na esfera do Judiciário, na forma de lei ordinária que traçaria a maneira de utilização dos recursos do fundo ou seguro de crédito — estipulado em benefício das poupanças populares — e as responsabilidades dos administradores e controladores das instituições financeiras liquidadas. A falta de condições de pagamento de um mínimo de 50% dos créditos quirografários determinaria, após a averiguação desse estado, a imediata falência da empresa, mesmo se fosse o caso de banco federal ou estadual (se existentes).

Os governadores do SBR seriam indicados pelo Presidente da República, escolhidos entre brasileiros de reputação ilibada e notável saber técnico quanto a atividade a ser por eles desempenhada, para aprovação pelo Senado Federal em votação secreta devendo cumprir de mandato fixo de 6 anos, renovável a cada 3 anos pelo terço, podendo ser reconduzidos, confirmando-se a sua designação pelo voto favorável de 2/5 dos senadores.

Deverão ser pessoas notoriamente competentes para as áreas de sua escolha, não apresentando conflito de interesses com o órgão, sem ligações com instituições financeiras pelo prazo de dois anos anteriores à sua nomeação e permanecendo nesse estado por dois anos posteriores ao término do seu mandato. Caso se mantivessem inativos após deixarem o cargo, receberiam a remuneração correspondente durante o período de impedimento, podendo optar pelo salário de outro emprego não proibido, que viessem a exercer. Continu-

ando inativos em período posterior, receberiam uma determinada remuneração a ser paga pela instituição de previdência privada do SBR, para a qual teriam contribuído durante o período de sua gestão, atendidas as demais condições previdenciárias relacionadas com a aposentadoria.

Um terço dos membros do Colégio de Governadores, no mínimo, seria formado por funcionários dos BDRs.

Dentre os membros do Colégio de Governadores em exercício, o Presidente da República escolheria os presidentes e os diretores dos BDRs.

Os membros do Colégio de Governadores e os diretores e presidentes dos BDRs somente poderiam ser afastados de seus cargos por iniciativa do Presidente da República, mediante representação fundamentada ao Senador Federal, o qual deliberaria a respeito em votação secreta, considerando-se aprovada a demissão por voto de dois quintos de seus membros.

Tendo em conta o momento crítico atravessado pelo País e a necessidade de dar-se, ao menos até conseguir-se debelar a inflação, pela autonomia ao Banco Central brasileiro, poder-se-ia pensar, como um processo alternativo, em estabelecer-se um sistema de demissão dos seus administradores, antes do vencimento do seu mandato apenas na dependência de autorização do Judiciário, na pessoa do Supremo Tribunal Federal, a ser deliberada em vista de pedido fundamentado do Presidente da República, *ex officio* ou mediante representação do Senado Federal. Essa alternativa drástica seria uma forma definitiva de afastar as costumeiras e abusivas pressões políticas sobre o órgão, permitindo-lhe elaborar e executar uma política monetária austera e independente.

O quadro de pessoal dos BDRs será formado exclusivamente por funcionários aprovados em concurso de provas ou de provas e títulos, os quais, após

aprovados em estágio probatório, somente poderão ser demitidos por meio de processo disciplinar baseado em falta grave devidamente comprovada. Referido quadro deverá prever carreiras técnicas, formadas por profissionais cujo exercício dependa da posse de diploma de nível superior e regularização perante o órgão respectivo de sua categoria profissional, e de uma carreira administrativa, esta destinada a suprir as necessidades de apoio do órgão, fazendo-se concursos públicos separados para cada uma delas.

Os serviços jurídicos dos BDRs serão efetuados pelos seus Departamentos Jurídicos próprios, formados por procuradores aprovados em concurso público específico de provas ou de títulos e provas.

O Colégio de Governadores terá a competência para deliberar a respeito do Regimento Interno dos BDRs, que lhe serão encaminhados por estes até 90 dias após a promulgação da lei que instituir o SBR, procurando-se fazer a devida harmonização entre os BDRs.

Caberá ao Colégio de Governadores fixar a remuneração dos funcionários dos BDRs, levando-se em conta as características regionais e os salários do mercado, mantendo-se, na passagem do sistema atual para o novo, todos os direitos e vantagens de que gozam os atuais funcionários do BCB.

7. CONCLUSÃO

Consideradas as limitações impostas ao desenvolvimento do presente tema, verifica-se que ele foi abordado em linhas muito gerais, com tratamento aquém de sua presente importância.

Atentos para todas as observações críticas enunciadas ao longo do presente texto, deve-se concluir forçosamente pela opção em favor de uma posição marcadamente independente do novo

BCB, de forma a alcançar-se, finalmente, o ideal da extirpação do fenômeno inflacionário.

Costuma-se dizer que o Brasil tem perdido algumas décadas de sua história, ficando parado no tempo, comparativamente a outros países que têm emergido com grande influência no cenário internacional. A esse respeito, não se cansa de dar o exemplo daquelas nações que superaram os traumas da II Guerra Mundial, principalmente a Alemanha, a Itália e o Japão. Mais recentemente, mostra-se o exemplo dos chamados "tigres asiáticos".

Na América Latina, países que eram motivo de chacota mundial por causa de seus proverbiais e até então insolúveis problemas (Bolívia, Chile e Argentina), estão se levantando altaneiramente de suas crises e dando um exemplo ao seu irmão maior, o Brasil.

É mais do que chegada a hora de nosso país despertar de seu berço esplêndido e enfrentar com coragem os sérios desafios que tem à sua frente, nos campos social e econômico. Fazendo parte deste último, como um elemento-chave, a criação de um novo SFN, tendo diante dele um BCB renascido e soberano no exercício de suas funções clássicas.

OBRAS CONSULTADAS

Projetos e Anteprojetos de lei

Projeto de Lei Complementar do Dep. César Maia, Relator da Comissão Especial do Sistema Financeiro Nacional.

Projeto de LC 983/88, do Dep. Fernando Gasparian

Projeto de LC 162/89, do Dep. Fernando Gasparian

Projeto de LC 47/91, do Dep. Francisco Dornelles

Projeto de LC 602-C-93, do Dep. Gastone Righi

Projeto de LC 117/92, do Dep. José Fortunatti e Outros

Projeto de Lei Complementar do Dep. José Serra.

Projeto de LC 113/92, do Dep. Luiz Girão
Projeto de LC 989/88, do Dep. Luiz Salomão
Projeto de Lei Complementar do Senado, 271/91, do Sen. Mansueto de Lavor

Proposta preliminar do PMDB para regulamentação do Sistema Financeiro Nacional
Anteprojeto de lei da Academia Internacional de Direito e Economia (AIDE).

Livros, artigos e periódicos

"Anais do Ciclo Internacional de Palestras: Estrutura e Funcionamento de Bancos Centrais" — Banco Central do Brasil, Brasília, 1988.

"Banco Central do Brasil, aspectos institucionais", in AFBC/Documentos, publicação da Associação dos Funcionários do Banco Central, v. 1.

"Federal Reserve Act", "Compiled under the direction of The Board of Governors of the Federal Reserve System in its legal division".

"Sistema federal de reserva" (objetivos e funções), 2.^a ed., rev. e atual. por Henrique Duprat, trad. de Olavo Miranda, Ed. Ipanema, Rio, 1964, 212 pp.

"Independência do BC, uma idéia fora de lugar", in revista *Análise e Opção*, da Associação dos Funcionários do Banco Central, ano I, n. 3.

"Independência do órgão começa a preocupar o Congresso" — "Legislativo quer aprovar cúpula da instituição", in *O Estado de São Paulo*, de 6.4.87.

"O 4.^o Poder" — "Monetaristas querem transformar o Banco Central no 4.^o Poder", in *Linha Direta* n. 58, maio/87, publicação de divulgação interna do Banco Central do Brasil.

"A reforma financeira e os donos da política", editorial de *O Estado de São Paulo*, de 25.1.93

"De novo, a idéia do BC autônomo", editorial de *O Estado de São Paulo*, de 17.2.93

"Afastar a política do Banco Central", Editorial de *O Estado de São Paulo*, de 8.3.93, p. 3

"A caixa-preta do BC", Editorial de *O Estado de São Paulo* de 11.9.93, p. 3

"Sistema financeiro nacional: diagnóstico e sugestões para reforma", *Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas*, versão n. 3, S. Paulo, set./91

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Beatriz, "Conselho avalia cerco a bancos estaduais", in *O Estado de São Paulo*, de 28.6.93, Caderno Política, p. 4.

ABREU, Beatriz, "Âncora polonesa pode evitar recessão", in *O Estado de São Paulo*, de 20.8.93, Cad. de Economia, p. 1.

ARIDA, Persio, Palestra proferida durante o Seminário "Bancos Estaduais: Experiências e Perspectivas", promovido pelo Banco Central do Brasil em 14 e 15.5.92, em Brasília, Arquivos do Centro de Treinamento do Departamento do Pessoal, do Banco Central do Brasil.

AUFRIKHT, Hans, "Central banking legislation — A collection of Central Bank, monetary and banking laws", *International Monetary Fund*, Washington, 1961.

BARRETO FILHO, Oscar, "Regime jurídico das sociedades de investimento (*investment trusts*)", Max Limonad, S. Paulo, 1956.

BATISTA JÚNIOR — Paulo Nogueira Batista — "Privatizar a moeda é saída para inflação", entrevista concedida a *O Estado de São Paulo*, de 8.9.93, Cad. de Economia, p. 8.

BETTING, Joelmir, "O senhor da moeda", in *O Estado de São Paulo*, de 12.2.93.

BETTING, Joelmir, "Bancos sem medo", in *O Estado de São Paulo*, de 30.6.93, Cad. de Economia, p. 2

BETTING, Joelmir, "O cruzeiro forte", in *O Estado de São Paulo*, de 2.8.93, Cad. de Economia, p. 2.

BETTING, Joelmir, "A camisa-de-força", in *O Estado de São Paulo*, de 22.8.93, Cad. de Economia, p. 2.

BETTING, Joelmir, "O ralo oculto", in *O Estado de São Paulo*, de 11.9.93, Cad. de Economia, p. 2.

BLANC, Jacques, "Le marché des changes", *La documentation française*, Paris, 1978.

CABRAL, Orion Herter, "Bancos, para quê?", in *O Estado de São Paulo*, de 17.2.93.

CARNEIRO, Gilmar, "A quem interessa o fim dos bancos públicos", in *O Estado de São Paulo*, de 19.1.93.

CARVALHO, Carlos Augusto Dias de, "Regionalizar é vital", in revista *Análise e Opção*, Ano II, n. 4, pub. da Associação dos Funcionários do Banco Central.

- CARVALHO, L. Nelson, discurso proferido no Congresso de Administradoras de Consórcios, em 20.11.92, em Foz do Iguaçu, Arquivos do Centro de Treinamento do Departamento do Pessoal, do Banco Central do Brasil.
- CHAMAS, Samy, "L'état et les systèmes bancaires contemporains", Sirey, Paris, 1965.
- COMPARATO, Fábio Konder, "The economic order in the Brazilian constitution of 1988", in *the american journal of comparative law*, vol. 38/753 n. 4, 1990.
- CORRÊA, José Ruben, "Open-market", "Mercado Aberto", Freitas Bastos, Rio, 1979.
- DIAMOND, William, "Bancos de desenvolvimento" — Fundo de Cultura, Rio, 1961.
- FARACO, Daniel, "A moeda apenas como instrumento de troca", in *O Estado de São Paulo*, de 12.5.93.
- FRAGA, Armínio, Entrevista concedida ao "Linha Direta", jornal de divulgação interna do Banco Central do Brasil.
- GALVÊAS, Ernane — "O Banco Central independente" — in *O Estado de São Paulo*, de 16.6.93.
- GOMES, Luiz Souza — "Bancos centrais e instituições internacionais de crédito" — Serviço de publicações da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1.ª ed. 1967, 145 pp.
- GOMES, Luiz Souza — "Moeda e preços, crédito e bancos, Ed. Financeiras S.A., Rio, 1954, 2.ª ed., rev. e atual.
- GRAU, Eros Roberto, "A ordem econômica na Constituição de 1988", 2.ª ed. RT, S. Paulo, 1991.
- GROS, Francisco, "Estrutura e funcionamento do sistema financeiro nacional", palestra proferida em 21.8.92, na Escola de Comando e Estado Maior da Aeronáutica (ECEMAR), Rio de Janeiro, Arquivos do Centro de Treinamento do Departamento do Pessoal, do Banco Central do Brasil.
- "A independência do Banco Central" palestra proferida no Instituto Brasileiro de Executivos Financeiros (IBEF), em 15.10.92, no Rio de Janeiro, Arquivos do Centro de Treinamento do Departamento do Pessoal, do Banco Central do Brasil.
- GUIMARÃES, Roberto Figueiredo, "Rumos ao Banco Central independente", in *O Estado de São Paulo*, de 19.3.92.
- KREEPS — Clifton H. Jr. e PUGH, Olin, "Money banking and monetary policy", *The Ronald Press Company*, Nova York, 2.ª ed., 1967, 661 pp.
- KUNTZ, Rolf, "Idéia muda estruturas de poder", artigo sobre a autonomia do Banco Central, comentando notícia intitulada "Itamar quer discutir autonomia do BC" — in *O Estado de São Paulo*, de 16.2.93.
- LUNDBERG, Eduardo, Palestra sobre reforma do sistema financeiro nacional, arquivos do Centro de Treinamento do Departamento do Pessoal, do Banco Central do Brasil.
- MACHADO, Hugo de Brito, "Tabelamento constitucional de juros", Repertório IOB de Jurisprudência, 2.ª quin., jan./89, n. 2/89, p. 36.
- MAIA, César — "Diretas já! Reforma bancária não!", in *Análise e Opção*, Revista da Associação dos Funcionários do Banco Central, ano II, n. 4.
- MARQUES, Newton Ferreira da Silva, "Autonomia do BC", in *Linha Direta*, n. 58, maio/87, publicação de divulgação interna do Banco Central do Brasil.
- MARQUES, Newton Ferreira da Silva, "CMN dever ser extinto", in revista *Análise e Opção*, Ano II, n. 4, publicação da Associação dos Funcionários do Banco Central.
- NEGREIROS, José, "Fazenda vê atrito com Congresso" — in *O Estado de São Paulo*, de 12.9.93.
- OLIVEIRA, Nelson Luiz — "BC obrigará bancos oficiais a contabilizar prejuízos", in *O Estado de São Paulo*, de 13.5.93.
- OLIVEIRA, Nelson Luiz de, "BC dará prazo para bancos públicos", in *O Estado de São Paulo*, de 14.5.93, Cad. de Economia, p. 5.
- OLIVEIRA, Nelson Luiz e CALDAS, Suely, "BC poderá liquidar bancos federais" — in *O Estado de São Paulo*, de 15.6.93.
- OLIVEIRA, Nelson Luiz de "Caixa e Banco do Brasil desafiam Plano FHC", in *O Estado de São Paulo*, de 20.6.93, Cad. de Economia, p.4.
- OLIVEIRA, Nelson Luiz de, "BB e CEF acumulam agências em 1.096 cidades", in *O Estado de São Paulo*, de 12.7.93.
- OLIVEIRA, Nelson Luiz de, "CEF luta para preservar atividade comercial", in *O Estado de São Paulo*, de 18.7.93, Cad. de Economia, p. 3.

- OLIVEIRA, Nelson Luiz e SATO, Sandra, "Cardoso abre contas do BC e diz que não enganará o País", in *O Estado de São Paulo*, de 10.9.93, Cad. de Economia, p. 1.
- PAHIM JR., Fábio, "BC evita quebra de bancos estaduais", in *O Estado de São Paulo*, de 6.4.93.
- PATAT, Jean Pierre, "Les banques centrales", Sirey, Paris, 1972, 232 pp.
- PAVINI, Ângelo, "Atuação de bancos estaduais preocupa o BC", reportagem de *O Estado de São Paulo*, de 17.1.93.
- PITOMBO, Sérgio M. de Moraes, "Recebimentos de juros, como modalidade de usura pecuniária", *Revista Indústria e Desenvolvimento*, maio/87, p. 36.
- PONTES, Aloysio Lopes, "Instituições financeiras privadas", Forense, Rio, 2.ª ed., 1982.
- PRATHER, Charles L., "Money and banking", Richard D. Irwin, Homewood, Illinois, 9.ª ed., 1969, 738 pp.
- PRAXEDES, Cleber, "Governo controlará bancos oficiais", in *O Estado de São Paulo*, de 26.9.93, Cad. de Economia.
- ROSENN, Keith S., "Brazil's new constitution: an exercise in transient constitutionalism for a transitional society", in *The american journal of comparative law*, 38/773, n. 4, 1990.
- SANTILLAN, Jorge Mario, "Bancos y casas de cambio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- SIMONSEN, Mário Henrique, "BC não cumpre a Constituição", entrevista concedida a *O Estado de São Paulo*, de 27.9.91.
- SIMPSON, Thomas D., "Money, banking and economic analysis", Prentice Hall, Englewood Cliffs, USA, 1976, 493 pp.
- TAMAGNA, Frank, "La banca central en America Latina", Centro de Estudios Monetários Latinoamericanos — CENLA, México, 1.ª ed., 1963, 547 pp.
- TAPIAS, Alcides Lopes, "A verdade dos bancos" — in *O Estado de São Paulo*, de 28.6.93, Cad. de Economia, p. 2.
- "THE EDITORIAL STAFF OF PUBLISHERS", "Michie on Banks and Banking", *The Michie Company, Law Publishers*, Charlottesville, VA, 1975, v. 6.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, "A responsabilidade civil especial dos administradores e controladores de instituições financeiras e consórcios em liquidação extrajudicial", Ed. RT, S. Paulo, 1993.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, Parecer 39, de 11.4.89, sobre o Projeto de Lei 983/88, do Dep. Fernando Gasparian, in *Assessoria Técnico-Legislativa da FIESP*.

INCORPORAÇÃO DE COMPANHIA CONTROLADA

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

1. As técnicas de reorganização societária e o jogo dos interesses — 2. A incorporação e a conciliação dos interesses — 3. A incorporação de companhia controlada e a composição dos interesses.

1. AS TÉCNICAS DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA E O JOGO DOS INTERESSES

Todo ordenamento jurídico tem por objetivo a tutela de interesses. As normas, que o integram, pressupõe sempre uma ponderação dos interesses em jogo, e se orientam no sentido de compô-los. Essa vinculação das normas aos interesses não nos deve, porém, levar à conclusão de que a cada norma corresponda um interesse específico, podendo um interesse ser tutelado por um pugilo de normas, assim como pode uma norma determinada disciplinar vários interesses. Ademais, esses interesses são de natureza variada, singulares ou coletivos, aparecendo, via de regra, agrupados numa trama complexa, sendo certo que, algumas vezes, a sua tutela é feita de maneira direta, outras vezes, de maneira indireta, ou reflexa, na medida em que em todo ordenamento coexistem tanto normas materiais, que prescrevem a conduta, operando a composição dos conflitos, quanto normas instrumentais, que dizem respeito à estrutura desse ordenamento, talhadas para promover a compatibilidade entre interesses divergentes.¹

1. Francesco Carnelutti, *Teoria Generale del Diritto*, 2.ª ed., 1946, pp. 40-43; Norberto Bobbio, "Dell'uso delle grande dicotomie nella teoria del diritto", in *Dalla struttura alla funzione*, 2.ª ed., 1984, pp. 123 e ss.

A sociedade anônima constitui um dos possíveis ordenamentos jurídicos; ordenamento, por certo, não originário, posto que derivado do ordenamento estatal, mas soberano e autônomo, implicando num feixe de normas orientado no sentido de compor uma variada gama de interesses que se cruzam e se entrelaçam na organização societária: os interesses particulares dos acionistas, os interesses dos credores, os interesses da companhia e até os interesses comunitários e nacionais. Como em todo ordenamento, a tutela desses interesses variados também se realiza ou diretamente, através de normas materiais, geradoras de direitos e deveres, ou, de forma indireta, através de normas instrumentais, que disciplinam o ordenado desenvolvimento da atividade empresarial objeto da sociedade.²

É o que ocorre no âmbito das chamadas técnicas de reorganização societária. A incorporação, a fusão e a cisão são processos que fazem parte do horizonte normal da vida das sociedades. Pois a empresa não é uma realidade estática, que se cristaliza em fórmulas societárias definitivas e imutáveis, já porque os interesses dos sócios podem variar no tempo, exigindo novos arran-

2. Alessandro Bertini, "Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti", *Milão*, 1951, pp. 13 e ss.

jos de composição social, já porque as transformações constantes, verificadas no cenário da atividade da empresa, impõe-lhe freqüentemente a necessidade de reestruturar-se para prosseguir em suas atividades. Os motivos que recomendam tais mudanças estruturais são os mais variados. Ganho de competitividade, eliminação da concorrência, obtenção de economias de escala com correlata redução de custos, capacidade de penetração nos mercados internacionais, maior eficiência operacional, maiores cabedais tecnológicos, acesso mais fácil a financiamentos de grande vulto, racionalização da administração, eis algumas das justificativas que determinam a adoção das técnicas reorganizatórias pelas sociedades.

Importando, porém, em mudanças fundamentais da própria estrutura das sociedades — a transmissão patrimonial a título universal entre pessoas jurídicas; a extinção eventual de pelo menos uma das participantes; o divórcio ou a congeminação dos sócios — essas técnicas de reorganização afetam peças-chaves do mecanismo societário, pelos reflexos internos e externos que projetam. Natural, assim, que sejam alvo de normas tanto materiais, que criam direitos e deveres, quanto instrumentais, orientadas no sentido de determinar o procedimento a ser obedecido, de forma a possibilitar a tutela global das partes afetadas com a mudança. Através desses processos, combinam-se, sob novas regras, os vários interesses em jogo no processo social.

Nesse sentido, a Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404, de 15.12.64), além de contemplar normas materiais, como as que dão aos acionistas dissidentes da deliberação que aprovar a incorporação da companhia em outra sociedade, ou sua fusão ou cisão, o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações (art. 230), ou como as que dão aos debenturistas (art. 231) e aos cre-

dores (arts. 232 e 233) faculdades especiais no processo de incorporação, fusão ou cisão, consagra, também, toda uma série de normas instrumentais, através das quais os procedimentos das operações de reorganização societária procuram assegurar a conciliação dos interesses contrastantes (arts. 223 e ss.).

Pois, em seu conjunto, não se pode sujeitar essas técnicas de reorganização societária a um simples esquema contratual, como tradicionalmente sempre se fez, mas cabe encará-las como um típico instituto societário, formal e vinculado, que implica num conjunto de atos jurídicos, resolvendo-se, como diz a lei, numa operação, vale dizer, num procedimento negocial, entendendo esta expressão como uma seqüência de atos jurídicos, dispostos segundo uma ordem necessária, dirigidos à obtenção de um efeito jurídico final, dos quais cada ato pressupõe o precedente e prepara e preanuncia o subsequente, numa relação de unidade e progressividade. No campo do direito privado, a distinção entre procedimento e relação negocial assume uma função analítica em tudo semelhante à que intercorre entre processo e procedimento, a qual inaugurou o moderno direito processual.³

Ora, tais procedimentos, subordinados a um apertadíssimo formalismo, que exige a execução de todas as etapas minudentemente reguladas pela lei, se desenvolvem necessariamente no seio da assembléia geral ou da reunião de sócios das sociedades, conforme determina o art. 122, VII, da Lei 6.404/76. O art. 225, *caput*, confirma essa configuração. Determina ainda a lei que a incorporação, fusão ou cisão deverão ser deliberadas na esfera de competência das assembléias, na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou

3. Salv. Romano, "Introduzione allo studio del procedimento giuridico di diritto privato", Milão, 1961.

contratos sociais (art. 223), o que nos autoriza, afinal, a dizer que, estruturalmente, essas operações constituem modalidades especiais de reforma estatutária. Daí que ao abordar as operações de incorporação, fusão ou cisão impende examiná-las à luz das regras que disciplinam as assembléias gerais extraordinárias, às quais compete privativamente a deliberação sobre alteração estatutária.

Ora, o conteúdo de todas as deliberações assembleares é, como se sabe, balizado pela complexa e genérica noção do “interesse da companhia”, posto que é no interesse da companhia que o voto dos acionistas deve obrigatoriamente se orientar (art. 115). Por conseqüência, a análise de quaisquer das técnicas de reorganização deve-se procedê-la à luz dessa noção nuclear. Os procedimentos das incorporações, fusões ou cisões, disciplinados pela lei, procuram justamente conciliar esse interesse — o interesse da companhia — com a proteção devida aos acionistas, a garantia aos credores e a segurança de terceiros. Tarefa difícil, às vezes quase impossível, como adverte um jurista brasileiro que estudou a matéria, as regras que disciplinam esses processos estão polarizados no sentido de estabelecer um equilíbrio entre essas forças.⁴ Assim, no exame de qualquer operação de fusão, incorporação ou cisão, cumpre sempre averiguar se foi atendida essa delicada e complexa composição.

2. A INCORPORAÇÃO E A CONCILIAÇÃO DOS INTERESSES

A incorporação — uma das técnicas de reorganização societária — define-se, consoante dispõe a Lei do Anoni-

mato (art. 227), como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Essa absorção, a que se refere a lei, se decompõe em três momentos: a) a transferência do patrimônio da sociedade incorporada para a sociedade incorporadora; b) a passagem dos acionistas da sociedade transmitente para a sociedade supérstite; c) a extinção da sociedade incorporada. Esses momentos estão intimamente ligados entre si no curso procedimental: a compenetração do patrimônio de uma sociedade com outra determina a passagem dos acionistas das sociedades incorporadas para essa sociedade que remanesce; a transferência dos sócios da incorporada para a incorporadora implica na correlata transmissão de seus cabedais; se as sociedades incorporadas transmitem o seu patrimônio e seus sócios à incorporadora, devem elas naturalmente extinguir-se. Cumpre ainda acentuar que a lei não inclui a incorporação como causa de dissolução, mas, sim, de extinção da incorporada (art. 219, II), não havendo, portanto, na operação, a partilha do ativo líquido da sociedade transmitente entre os sócios.

À semelhança da fusão e da cisão, a incorporação é, como acentuamos, um típico instituto societário, e os “momentos”, acima mencionados, em que se decompõe, se desenvolvem no interior da assembléia geral, mais exatamente da assembléia geral extraordinária, a qual incumbe toda e qualquer reforma estatutária, num procedimento minuciosamente disciplinado pela lei, com ao menos três fases sucessivas: a) uma fase preparatória, onde as partes acordam com relação às bases da operação; b) uma fase central, de deliberação e realização; e c) uma fase complementar. Nesse sentido, a disciplina da incorporação, é formulada pela lei, num *iter* complexo, onde o legislador procura

4. Alfredo Lamy Filho, “Os objetivos e os pressupostos da nova lei das sociedades anônimas”, conferência proferida em 20.8.76, e publicada na RDP, 37-8/394, 1976.

conciliar o comando básico, consagrado no vigente diploma acionário, da prevalência do interesse da companhia nas deliberações sociais, com uma série variada de medidas disciplinadoras do procedimento, objetivando tanto a eficácia da operação, como a segurança dos direitos dos acionistas e a garantia de terceiros.⁵

Esse procedimento de incorporação, previsto na Lei do Anonimato, pode ser qualificado como vinculado ou formal, no sentido de que pressupõe a estrita observância dos requisitos e formalidades previstos na lei. A vinculação, ou formalização, de que aqui se fala, não significa, todavia, negar a margem de discricionariedade com que contam os acionistas, reunidos em assembleia-geral extraordinária, para ajuizar da oportunidade e da conveniência da operação. Em linha de princípio, esse juízo é livre, e a incorporação deve ser decidida pelos órgãos competentes das companhias. Qualificar o procedimento em estudo como vinculado importa, sob o aspecto extrínseco, em realçar os requisitos de validade a que está subordinado, circunscrevendo devidamente a latitude discricionária da maioria acionária e dos administradores sobre a matéria, tendo em vista os interesses em jogo. Um exame da disciplina legal da incorporação, ainda que linear, faz-se aqui necessário, a fim de que nos habilitemos a identificar essa permanente tentativa de conciliação dos interesses em tensão.⁶

Se não, vejamos. A incorporação, assim como a fusão e a cisão, exige, naturalmente, uma série de tratativas e entendimentos prévios entre as partes, em que se acertam as condições funda-

mentais da operação cogitada. Segundo dispõe a lei (art. 224), essas condições constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas. Trata-se, assim, de um procedimento preparatório da incorporação, destinado a determinar, desde logo, as bases da operação. Mas, como ficou dito, a incorporação, assim como a fusão e a cisão, são de competência exclusiva das assembleias gerais. Daí decorre que o protocolo, instituído pelo art. 224 da lei, com a finalidade de conter as bases da negociação, não se reveste de eficácia vinculativa, a não ser após a aprovação das assembleias, concluindo-se o procedimento.

Ao contrário de muitas outras legislações, o diploma vigente disciplinou o protocolo, prescrevendo-lhe um conteúdo mínimo, que se encontra delineado nos incisos do art. 224. Em linhas gerais, a incorporação determina a transferência para a incorporadora do patrimônio da sociedade incorporada, que se extingue, com a conseqüente substituição das ações em que se dividia seu capital social por títulos da companhia incorporadora. Assim, determina a lei que o protocolo, dentre outros elementos, deve necessariamente incluir: a) o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios, que se extinguirão, e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição (inc. I); b) o protocolo deve mencionar também os critérios de avaliação do patrimônio líquido a ser incorporado, a data a que será referida a avaliação e o tratamento das variações patrimoniais posteriores (inc. III).

Constituindo a incorporação, em última análise, na compenetração do patrimônio de uma sociedade em outra, o problema da avaliação do patrimônio a ser transmitido toma uma importância fundamental, tanto para os acionistas como para os credores. Para os primeiros porque em função dela terão fixados o valor de suas novas ações e, para os

5. Waldírio Bulgarelli, "A Incorporação das Sociedades Anônimas", S. Paulo, 1975, pp. 104 e ss.

6. Paolo Ferro-Luzzi, "Sul problema degli aumenti di capitale deliberati in danno della minoranza", in *Riv. del Diritto Commerciale*, 1964, 62/93, (11).

segundos, porque é o patrimônio que constitui afinal sua garantia. Daí a exigência da lei de que conste das condições básicas da operação, a serem aprovadas pelas assembléias das duas sociedades, tanto o critério de avaliação do patrimônio transferido, como a proporção a ser fixada entre os patrimônios das sociedades participantes, para efeito da troca de ações.

Essas regras, que já aparecem na fase preparatória da operação, procuram equilibrar devidamente os interesses em contraste, criando mecanismos que propiciem, de um lado, uma incorporação que atenda aos interesses das companhias, e, de outro, uma adequada proteção aos acionistas e aos credores. Assim, livres são as partes em determinar o critério pelo qual o patrimônio líquido a ser incorporado será avaliado — a preço de mercado ou mediante recurso aos valores contábeis. Por outro lado, a lei não exige a avaliação do patrimônio líquido da incorporadora, para a determinação do valor em ações a ser atribuído aos acionistas da incorporada. Não se confrontam, assim, os patrimônios de incorporadora e incorporada. Mas há a exigência de que, das bases da operação, a serem aprovadas em assembléia, conste expressamente a proporção de troca das ações e o critério utilizado para a relação de substituição. A não exigência de avaliação relativa dos dois patrimônios tem explicação no fato de se julgar que, à míngua dessa avaliação relativa, não se desempara os acionistas, que podem, oportunamente, recorrer às regras que protegem a subscrição *in natura*, ou exercerem o recesso.⁷

Firmado o protocolo, está a operação de incorporação em condições de ser submetida à deliberação das assembléias das companhias interessadas. Passamos para a segunda fase do procedimento, o que será feito mediante *justificação*, nos

termos do art. 225, que compreenderá desde os objetivos perseguidos pela operação, assim como a composição, após a operação, do capital da sociedade supérstite, que deverá emitir ações em substituição às que deverão extinguir-se, até o valor do reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes. Pois, no final da operação, o acionista da sociedade incorporanda, que se manifestar dissidente, terá o direito de retirar-se da sociedade, mediante o reembolso do valor de suas ações. Já os acionistas da sociedade incorporadora, dissidentes da deliberação que vier a aprovar a incorporação, não se habilitam ao recesso (art. 230, *in fine*). Mas, em contrapartida, lhes assiste o direito de preferência, em igualdade de condições, por ocasião da assembléia que aprovar o aumento de capital determinado pela incorporação (art. 171, § 2.º). Sempre, pois, a preocupação em obter um estado de equilíbrio entre os interesses em jogo.

A incorporação passa, então, para a fase de deliberação e conclusão. Na hipótese de fusão ou cisão, é exigido o *quorum* qualificado de aprovação (acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito de voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto, se for companhia fechada (art. 136, VI). Já quanto à incorporação, uma distinção se faz necessária: a deliberação da sociedade incorporadora pode ser validamente tomada pelo *quorum* deliberativo simples a que se refere o art. 129, *caput* (maioria absoluta de votos dos acionistas presentes à assembléia, sendo que o estatuto da companhia fechada pode aumentar esse *quorum*, nos termos do art. 129, § 1.º); mas a deliberação da sociedade incorporada, esta há de ser tomada necessariamente pelo *quorum* qualificado, como definido pela lei (art. 136, *caput* e inc. VI).

Quer dizer, a oportunidade da incorporação quem a determina é a maioria acionária, que dispõe assim de grande margem de discricionariedade para delibe-

7. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 1956, 50/75 e ss.

rar a respeito. A regra básica do funcionamento da assembléia repousa no princípio majoritário: as deliberações são tomadas por maioria de votos (art. 129, *caput*). A lei da maioria é adotada por constituir o meio racional de formação da vontade coletiva, na presunção de que a maioria é a melhor, decide: *quia per plures melius veritas inquiritur*. Essa liberdade de ação, porém, de que a maioria dispõe, não é arbitrária: a lei acionária fixa, de modo sistemático, o comando básico da prevalência do interesse da companhia nas deliberações sociais. O interesse da sociedade não se reduz nem ao interesse da maioria, nem ao interesse do acionista controlador, nem muito menos à somatória dos interesses particulares dos sócios, correspondendo, antes disso, ao interesse comum a todos eles enquanto acionistas. A fim de garantir que a incorporação, deliberada pela maioria, não reflita senão o interesse da companhia, a lei reforça o mecanismo da deliberação, exigindo *quorum* qualificado na assembléia da incorporada, onde os valores da maioria e da minoria estão em tensão (art. 136, VI).⁸

No caso da incorporadora, como da operação, regra geral, resulta um mero aumento de capital, e por conseqüência, uma simples reforma estatutária, o *quorum* de deliberação é o da regra do art. 129, ou seja, maioria absoluta de votos dos acionistas presentes ao evento (podendo entretanto o estatuto da companhia fechar a prever *quorum* mais elevado), mas o *quorum* de instalação é o *quorum* especial do art. 135. Por importar a incorporação, em regra, num aumento de capital mediante subscrição de bens, requer a lei a observância do procedimento de avaliação previsto no art. 8.º, previsto nessa hipótese de aumento de capital, por expressa remissão do art. 170, § 3.º, que determina sejam nomeados os peritos,

que os avaliarão (art. 227, § 1.º), segundo os critérios constantes do protocolo (art. 224, III). Cumpre frisar que o valor estimado do aumento de capital da incorporadora será autorizado pela assembléia geral, com base nas indicações do protocolo de incorporação, livremente pactuado pelas partes. Até esse momento, não se conhece o valor exato do patrimônio líquido da incorporada, com o qual irá realizar o aumento de capital. Esse valor, porém, será determinado mediante a avaliação a ser feita pelos peritos nomeados na própria assembléia. E, para que a incorporação se efetive, será preciso que o valor do patrimônio líquido da incorporada, encontrado pelos peritos, sempre segundo os critérios estabelecidos no protocolo, seja, pelo menos, igual ao montante do capital a realizar (art. 226, *caput*).

Quem irá subscrever o aumento referido não são os acionistas da incorporada, mas a própria incorporada. Esta, uma vez aprovado o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora (art. 227, § 2.º). Os acionistas das sociedades incorporadas, porém, receberão diretamente da companhia emissora as ações que lhe couberem (art. 223, § 2.º). A extinção da incorporação dar-se-á pela aprovação da incorporação, na assembléia geral da incorporadora, a qual promoverá o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação (art. 227, § 2.º, *in fine*). Como se vê, da perspectiva da incorporadora, a operação, encarada como uma modalidade de aumento de capital social, é protegida pelas regras que tutelam a rede de interesses que atuam nos aumentos. Como acentua Giovanni Tantini, a incorporação é tanto um ato das sociedades quanto um ato entre as sociedades, o que explica essa disciplina binária, na tentativa de manter, no curso de toda operação, o equilíbrio entre os interesses

8. Egberto Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro, "Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro", 1979, v. 2, p. 656.

conflitantes. Sob o ponto de vista interno da sociedade incorporadora, a incorporação constitui, em síntese, como dizia Eunápio Borges,⁹ um aumento de capital, e assim é disciplinada, se bem que do ponto de vista externo, como um ato entre sociedades, a incorporação seja vista como um instituto societário típico, ao qual a lei assina regras específicas.

3. A INCORPORAÇÃO DE COMPANHIA CONTROLADA E A COMPOSIÇÃO DOS INTERESSES

Esse equilíbrio entre interesses, obtido mediante o complexo procedimento acima descrito, passa por que os alemães denominam de turbacão da equivalência — *Aquivalenzstörung* — quando se trata de uma incorporação de sociedade controlada.¹⁰ Pois os termos da equação, tal como formulada linhas atrás, se alteram, em face da introdução de uma nova grandeza: o interesse da sociedade controlada. Ora, quando se fala em controle, alude-se a uma nova instância na estrutura societária, que transcende as prerrogativas da maioria acionária exercidas no seio da própria assembléia, instaurando-se, em consequência, entre a sociedade controladora e a sociedade controlada, uma unidade de comando e uma unidade de interesse. A bem dizer, desaparecem as duas vontades sociais que se manifestam na operação de incorporação.

Há quem fale aí — Asquini, por exemplo — em autocontratação.¹¹ Os americanos incluem a incorporação de controlada como hipótese tópica de contrato consigo mesmo: *a classic self-*

dealing transaction.¹² A figura do autocontrato, porém, tomada ao pé da letra, seria impossível, porque violentaria o princípio da duplicidade de declarações de vontade nos negócios bilaterais. Se estas implicam no encontro e na integração de duas vontades, pressupõem duas vontades distintas. A figura, porém, é admitida, na ocorrência, por exemplo, da representação; através desse mecanismo, o representante emite duas declarações distintas que consubstanciam os interesses dos quais se tornou o ponto de convergência. Ou dizendo de outra maneira: para a formação de um negócio bilateral, impõe-se a integração de declarações animadas por interesses contrapostos, ainda que possa ser concluído por um único representante, que reúna, em sua pessoa, dois centros de interesses diversos.¹³ Na incorporação de controlada, ocorre fenômeno similar: se o voto do controlador se exerce em cada uma das assembléias formadoras das respectivas vontades sociais, na direção indicada pelo interesse específico de cada sociedade, a incorporação é válida. Só não o será se a maioria acionária vier a comprometer o interesse social, em benefício dos titulares do controle.

Daí que a incorporação, pela controladora, de companhia controlada, esteja sujeita a normas especiais da lei do anonimato (art. 264), com o propósito, aliás declarado na própria Exposição de Motivos que acompanha o projeto con-

9. *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 5.ª ed., Rio, 1971, n. 529, pp. 511 e ss.

10. Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 6.ª ed., München, 1983, pp. 46-536.

11. Citado por Miguel Motos Guirao, *Fusion de Sociedades Mercantiles*, Madri, 1953, p. 43, nota 19.

12. "Indeed, unilateral action by the parent — in setting the merger price and consenting to it on behalf of the subsidiary — poses the classic self-dealing problem which equity courts have traditionally resolved through the enforcement of fiduciary standards" (cf. Victor Brudney e Marvin A. Chirelstein, "Fair Shares in Corporate Mergers and Takeovers" in *Selected Articles on Corporate Law*, ABA, 1977, pp. 1.028 e ss.).

13. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, III/23, Rio, 1963, n. 187.

vertido em lei, de propiciar adequada proteção aos acionistas minoritários. A existência das minorias, na controlada, preocupou ao legislador, empenhado em que, na incorporação pela controladora, recebessem eles ações do capital desta sem qualquer prejuízo para seus legítimos interesses. Inexistindo, na hipótese, duas maiorias acionárias distintas, que deliberassem, uma na sociedade incorporadora, outra na sociedade incorporada, separadamente sobre a operação, a incorporação resvala pelas proximidades de um contrato consigo mesmo, podendo o interesse da maioria, comum a ambas as sociedades, comprometer o interesse da companhia, entendido como interesse comum a todos os acionistas, majoritários e minoritários, nas decisões assembleares. Daí uma série de normas especiais a que se devem submeter as incorporações de companhias controladas.¹⁴

Essas normas especiais dizem respeito especialmente a dois tópicos: a) o critério de avaliação dos patrimônios líquidos das sociedades participantes; e b) a relação de troca das ações. Constituindo-se, em última análise, a incorporação na penetração do patrimônio de uma sociedade em outra, com a consequente substituição das ações dos acionistas da sociedade incorporanda, torna-se imperioso cotejarem-se os patrimônios da incorporanda e da incorporadora, avaliados sob um mesmo critério, a fim de que se estabeleça uma relação de troca de ações através da qual os acionistas da incorporada recebam ações da incorporante, numa proporção correta, à cavaleiro do arbítrio em que pode incorrer o controlador comum. Portanto, de um lado, a avaliação; de outro, a chamada paridade.

Assim, ao invés da liberdade na adoção dos critérios a serem utilizados na avaliação do patrimônio líquido que será transmitido, impera, no caso, a obrigato-

riedade de que a avaliação seja feita a preços de mercado, *ex vi* do art. 264. Para a determinação do valor das ações a ser atribuído aos acionistas da incorporada, em princípio, não se exige a avaliação do patrimônio líquido da incorporadora (embora, evidentemente, nada impeça que no protocolo assim se estipule), não se confrontando os patrimônios da incorporadora e da incorporada para efeito da determinação da relação de troca. Em se tratando, porém, de incorporação de companhia controlada, a lei determina que os dois patrimônios sejam avaliados segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado (art. 264, *caput*), devendo constar, outrossim, da justificção apresentada à assembléia geral da controlada, além das informações previstas nos arts. 224 e 225, o cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas da sociedade, com base na avaliação comparativa dos dois patrimônios — da incorporadora-controladora e da incorporada-controlada — segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, a serem devidamente determinados por 3 peritos ou empresa especializada, como esclarece o § 1.º do art. 264.¹⁵

Segue-se, do exposto, que, mesmo na incorporação de controlada, a deliberação sobre a conveniência da incorporação continua a ser de competência discricionária da maioria acionária, e, como tal, é inquestionável pela minoria.¹⁶ Mas não é inquestionável pela minoria a avaliação

15. Carlo Santagata, "La fusione tra società", Nápoles, 1964, p. 304: "È possibile tuttavia formulare un principio fondamentale ricavabile appunto dalla specifica funzione del bilancio straordinario di fusione: le situazioni patrimoniali di tutte le società partecipanti alla fusione debbono essere redatte in virtù degli stessi criteri di valutazione".

16. Francesco Scardulla, "La trasformazione e la fusione delle società", Milão, 1989, pp. 406 e ss.

14. Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro, *ob. cit.*, p. 672.

relativa dos patrimônios, nem a relação de troca de ações, dela decorrente.¹⁷ Ambos esses procedimentos devem atender essas determinações, sob pena de comprometerem a legitimidade da operação, podendo acarretar sua anulação por violação da lei, ou por estar “eivado de erro, dolo, fraude ou simulação” (art. 286), sendo sempre assegurado ao minoritário o direito de haver reparação civil de acionistas, administradores, fiscais, sociedade de comando, ou peritos, “por atos culposos ou dolosos, no caso de violação da lei, do estatuto ou de convenção de grupo” (art. 287, I, *a*, e II, *b*).

Mas não se cingem apenas a essas normas a proteção que a lei brasileira assegura à minoria no procedimento de incorporação de sociedade controlada. Fixado, na parte inicial do *caput* do art. 115, o princípio basilar segundo o qual o voto deve ser exercido pelo acionista no interesse da companhia, esse mesmo dispositivo extrai as consequências desse enunciado, ao explicitar, pedagogicamente, as hipóteses em que o mesmo é desobedecido, caracterizando o abuso de direito e o conflito de interesses. Com essa diretriz, procurou o legislador evitar as controvérsias registradas no Direito comparado, no tocante à fundamentação da proteção das minorias, centralizada em torno de conceitos substancialmente equivalentes ou afins: abuso de direito, desvio ou excesso de poder, relatividade do voto, *fraud on minority*, *fairness*, *fiduciary relationship*.¹⁸

A definição de voto abusivo vem ministrada, na parte final do *caput* do art. 115, logo em seguida à fixação do padrão de exercício do direito de voto, que, como visto, deve objetivar o interesse da companhia: “considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou de obter,

para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas”. A sanção ao abuso no exercício do direito de voto é dada pelo § 3.º do citado art. 115, que responsabiliza o acionista “pelos danos causados, ainda que seu voto não tenha prevalecido”, alcançando, assim, os abusos praticados pelos minoritários.

Por outro lado, ao erigir a figura do acionista controlador como uma quarta instância societária, a Lei 6.404/76, fixa-lhes os correspondentes deveres (art. 116) e responsabilidades (art. 117). Ora, no art. 116, *b*, a lei inclui, como elemento integrativo da definição de acionista controlador, o uso efetivo de seu poder para “dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”. Tem, assim, o acionista controlador, uma função determinada em lei, que é “a de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas” (art. 116, parágrafo único). A função delineada para o acionista controlador decorre do poder que lhe é reconhecido por lei, que se traduz na possibilidade de dispor de bens alheios, poder esse que tem como contrapartida o dever de lealmente respeitar e atender aos interesses comuns a todos os acionistas — vale dizer, o interesse da companhia — sem falar nos comunitários e nacionais, tal como referidos no dispositivo citado.¹⁹ O não atendimento desses interesses importa em abuso ou desvio da função que a lei lhe assegura, ou, como diz a lei, em abuso de poder (art. 117).²⁰

19. Fábio Konder Comparato. *O poder de controle na sociedade anônima*, 3.ª ed., Rio, 1983, n. 114.

20. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, “Abuso do direito de voto e do poder de controle”, in *Direito das Companhias*, apostila 10 do IEDE, pp. 751 e ss.

17. Idem, pp. 408 e ss.

18. Cf. Brudney e Chirestein, ob. cit., pp. 1.037 e ss.

Nesse sentido, as várias alíneas do § 1.º do art. 117, consideram, como modalidades de exercício abusivo do poder, entre outras: I. “orientar a companhia para fim estranho ao objeto social”, “ou levá-la a favorecer outra sociedade”, “em prejuízo da participação dos acionistas minoritários” (a); II. “promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários” da companhia (b); III. “promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários” (c); IV. “induzir, ou tentar induzir, administrados ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta lei e no estatuto, promover contra o inte-

resse da companhia, sua ratificação pela assembléia geral” (e).

Como se vê, a incorporação, pela sua relevância na vida societária, e também pela possibilidade constante, que encerra, de opressão pelos acionistas controladores, foi alvo de uma alínea específica no comando que alinha as hipóteses de abuso de poder de controle. O acionista controlador é titular de direitos-função, que lhe é reconhecido para a consecução das finalidades indicadas nos arts. 116 e 117, acima reproduzidos, dentre as quais sobrelevam a realização do objeto da companhia e o respeito dos interesses dos demais acionistas. Quanto a estes, as incorporações, e as reformas estatutárias que lhe seguem, não podem prejudicá-los, sob pena de caracterizar-se o exercício abusivo de poder, conforme previsto no art. 117, § 1.º, a, b, c e e, acima transcritos. Esses dispositivos se estendem evidentemente à hipótese de o controle ser exercido por sociedade controladora (art. 246).

DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DO DIREITO BRASILEIRO EM MATÉRIA DE SIGILO BANCÁRIO

ARNOLDO WALD

No direito brasileiro, o sigilo bancário mereceu inicialmente a proteção genérica dada, pelos artigos 17 a 20 do CCom., aos comerciantes em geral e pelo art. 144 do CC, com referência aos depoimentos na Justiça, que salvaguardou o segredo profissional, sem prejuízo das normas penais já citadas e de outras regras de caráter processual (CP, art. 154; CPC, art. 347; CPP, art. 207).

Comentando a matéria na década de 40, afirmou o Min. Nelson Hungria, nos seus *Comentários ao Código Penal*, que "Paupérrimos são, entre nós, a doutrina e a jurisprudência sobre o sigilo bancário".

Decorrido quase meio século, a afirmação continua válida, embora haja atualmente, algumas decisões judiciais sobre a matéria, quer anteriores ou posteriores à legislação vigente.

Mesmo antes de 1964, já se tinha firmado a orientação dos julgados no sentido de só se admitir a violação do sigilo bancário em virtude de requisição judicial ou administrativa, havendo processo ou inquérito em curso.

Mas foi a Lei 4.595/64 que regulamentou adequadamente a matéria no seu art. 38 que tem a seguinte redação: "Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados; § 1.º. 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; § 2.º. 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; § 3.º. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal da ampla investigação (art. 53 da CF e Lei 1.579, de 18.3.52), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil; § 4.º. Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2.º e 3.º 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; § 5.º. 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; § 6.º. O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autori-

dades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente; § 7.º. A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de 1 a 4 anos aplicando-se, no que couber, o CP e o CPP, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

Posteriormente, a Lei 4.728/65 reconheceu, em seu artigo 4.º, o poder atribuído ao Banco Central para examinar a escrita dos bancos nos seguintes termos: “Art. 4.º. No exercício de suas atribuições, o Banco Central poderá examinar os livros e documentos das instituições financeiras, sociedades, empresas e pessoas referidas no artigo anterior, as quais serão obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos solicitados pelo Banco Central.”

Finalmente, a Lei 7.492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional definiu o crime de violação de sigilo bancário e determinou que o Banco Central e a CVM informassem ao Ministério Público da ocorrência de crime previsto pela mencionada lei autorizando-o, outrossim, a requisitar informações e documentos, sempre que necessário, para a prova de existência de crime, o que pressupõe a existência de inquérito ou de processo criminal.

Resumindo a posição adotada pelo Banco Central na matéria, um dos seus mais ilustres advogados, Dr. Carlos Alberto Hagstrom, chegou a escrever que: “A interpretação do art. 38 da Lei 4.595, ao longo dos anos, levou à fixação, no âmbito do Banco Central, de alguns princípios fundamentais: 1. A norma determina, como regra, a manutenção do segredo; estabelece, no entanto, exceções e tipifica uma conduta criminosa; deve, pois, por tudo isso, ser interpretada de modo estrito; 2. Tais normas não podem, ser interpretadas

isoladamente, devendo ser tomadas em seu conjunto; 3. O rigor da punição estabelecida para o crime (“quebra” de sigilo) e a explicitação das exceções não permitem interpretações “liberalizantes”.

É verdade que o Código Tributário (Lei 5.172, de 25.10.66) posterior à legislação da Reforma Bancária mas anterior à nova Constituição, deu nova regulamentação à matéria, nos seus arts. 105 e 197 que tem a seguinte redação: “Art. 105. Para os efeitos da legislação tributária, não tem aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los”. “Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: I — (*omissis*); II — os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras; III a VI — (*omissis*); VII — quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão. 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”.

Embora possa parecer que haja contradição entre as disposições do direito tributário e os da lei bancária, a jurisprudência, de modo manso e pacífico, conciliou as disposições aparentemente conflitantes, considerando que as informações só serão dadas, no caso de sigilo bancário, ocorrendo as hipóteses previstas no art. 38 da Lei 4.595, como se verifica pelas decisões tanto do Supre-

mo Tribunal Federal (RE 71.640-BA) como do antigo Tribunal Federal de Recursos (AC 47.875-MG).

O entendimento manso e pacífico da jurisprudência acabou, pois, no sentido apontado pelas seguintes ementas: "O texto legal (art. 38, § 5.º da Lei 4.595) é claro. Somente quando houver processo instaurado é que poderá o fisco proceder a exame de documentos, livros e registros. Embora a existência de processo instaurado, seja condição necessária para a ação do fisco, ela, por si só não é suficiente. A lei exige também, que os exames dos documentos, livros e registros de contas de depósitos, sejam considerados indispensáveis pela autoridade competente. (...)". "Sigilo Bancário — Notas Promissórias rurais — Art. 38 da Lei Federal 4.595/64, e art. 67, da Lei estadual 9.590/66 — Obrigação de franqueamento à fiscalização se houver processo instaurado e se o exame for considerado indispensável pela autoridade fiscal — Manifestação do Supremo Tribunal Federal. (...)". "A informação bancária, em tal conjuntura, só é feita em casos excepcionais, tais como a hipótese em que a mesma é requisitada por um cliente do Banco, que lhe nega oferecer elementos de sua conta ou, na hipótese de demanda, onde uma das partes, como elemento de prova, por intermédio do Juiz, requisita informações sobre a outra parte. (...) Na recusa de informações sobre negócios de seus clientes, o Banco cumpre um dever e, nisso, defende o seu próprio direito, como o de toda a clientela, que opera sob a garantia legal de um recato, salvo os casos legais, quando desvincula dessa obrigação que é de ordem pública. (...)".

São no mesmo sentido, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, recusando-se a permitir a devassa das contas do ex-Min. Antonio Rogério Magri, por falta de indicação precisa das acusações e provas que contra ele pesam no inquérito aberto, e da Justiça Federal

no Rio de Janeiro, concedendo liminar em mandado de segurança a titular de cartão de crédito, para evitar que informações a seu respeito sejam transmitidas pela empresa operadora à receita federal (liminar concedida pelo e. Juiz e hoje Des. Federal Carreira Alvim).

Embora os textos constitucionais de 1988 não tenham sido discutidos na jurisprudência referente ao sigilo bancário, é evidente que as conclusões dos julgados sempre mantiveram o respeito à chamada "liberdade bancária", só admitindo a violação ou levantamento do sigilo bancário em casos excepcionais previstos em lei.

Na realidade, a compatibilização pela jurisprudência das normas da Lei 4.595 com as do Código Tributário comprova que, para evitar uma inconstitucionalidade, os Tribunais interpretaram a lei posterior como somente sendo aplicável com as restrições estabelecidas na lei anterior, respeitando assim o princípio constitucional de acordo com o qual, havendo várias interpretações possíveis da lei, deve prevalecer a compatível com a Constituição, mesmo contrariando a letra e quiçá o espírito da lei ordinária.

Verificamos, pois, que a evolução legislativa e jurisprudencial comprova que sempre foi obedecido o princípio da inviolabilidade do sigilo bancário, ressalvadas as exceções legalmente previstas, mesmo quando o texto constitucional era menos explícito e claro do que o atualmente vigente. *A fortiori*, impõe-se a manutenção deste entendimento quando o texto constitucional vigente reforçou a proteção dada à privacidade e aos dados pessoais.

A Portaria 144, sendo baseada em lei inconstitucional, como acabamos de verificar, é por sua vez inconstitucional e conseqüentemente nula de pleno direito, não sendo pois exigíveis as informações pelo Diretor do Departamento da Receita Federal.

Acresce que não obstante ser inconstitucional o art. 12 da LC 70, por ter violado os incs. X e XII do art. 5.^o da CF, poderia, em tese, o Poder Executivo invocar a delegação legislativa parcial para estabelecer condições adequadas para o levantamento do sigilo bancário, que fossem compatíveis com o devido processo legal, só o admitindo em casos especiais e justificados e com ciência prévia dos interessados e eventual direito da defesa dos mesmos.

Efetivamente, o art. 12 poderia, à primeira vista ensejar tal regulamentação, dentro dos limites em que se referiu ao direito de requisitar informações às instituições financeiras e ao dever destas de fornecê-las “nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento”.

Assim, poder-se-ia conceber que o legislador tivesse fixado o princípio da quebra de sigilo em caráter excepcional, o que seria constitucional, delegando ao Poder Executivo a complementação da lei para que fixe as condições básicas em que poderia ocorrer.

Ocorre, todavia, que além da discussão geral existente em relação aos limites da delegação de poderes, especialmente nos casos em que se cria um dever para as pessoas físicas e/ou jurídicas (que só pode decorrer de lei em sentido formal — art. 5.^o, II da CF), essa delegação não era admissível no caso: a) por não permitir o art. 68, § 1.^o da CF que haja delegação em relação à matéria reservada à lei complementar; b) por considerar a Constituição que só pode haver delegação em favor do Presidente da República no caso de leis delegadas (art. 68).

Assim, determina o art. 68 da Constituição que trata das leis delegadas que: “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional; § 1.^o. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclu-

siva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais políticos e eleitorais; III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2.^o. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

Ora, é evidente que, se a matéria de lei complementar não pode ser objeto nem mesmo de lei delegada, muito menos seria admissível tratar da mesma em Decreto do Poder Executivo, regulamentando a lei, e *a fortiori* em simples portaria ministerial.

Há pois, na portaria, três vícios: a) a inconstitucionalidade por falta de competência do Ministro de Estado para criar ou complementar um dever legal (art. 5.^o, inc. II), inconstitucionalidade que decorre, aliás, da contaminação da portaria pelos vícios da própria lei; b) ilegalidade formal, pois a lei não pode ser regulamentada por Portaria Ministerial, devendo sê-lo, em tese, por Decreto do Presidente da República (art. 87, IV da CF) e não por instruções ministeriais (art. 87, parágrafo único, inc. II da CF) não se admitindo que a matéria possa ser objeto de simples portaria; c) ilegalidade material, porque a lei, ao determinar, ao Ministro, que fixasse os termos nos quais as instituições financeiras e outras deveriam fornecer informações à Receita Federal, presumiu que o Ministro estabelecesse casos e condições nos quais o fato poderia ocorrer e não se limitasse a generalizar a obrigação, fazendo-a incidir em relação a todos os depositantes de bancos, sem qualquer motivação ou justificação. Na realidade, o Ministro não fixou os ter-

mos ou seja as condições e situações jurídicas nas quais a requisição e o conseqüente dever de fornecimento poderiam ocorrer, mas determinou o Ministro a requisição de todas as informações e concedeu competência ao Diretor do Departamento da Receita Federal para tanto.

A lei estabeleceu uma norma geral que não é auto-executável, pois limitou-se a determinar que as pessoas jurídicas por ela referidas fornecessem informações, sem esclarecer quando ou como, ou seja, em que casos específicos as informações serão exigíveis. Havia, assim, necessidade de regulamentação que só poderia ser feita por Decreto do Poder Executivo e não mediante Portaria Ministerial.

É incontestável, na doutrina e na jurisprudência, que o poder regulamentar deve ser exercido pelo Presidente da República, mediante decreto, pelo qual, se complementa a lei, nas matérias que ela não tratou e sem afetar as garantias e os direitos individuais. Trata-se, de acordo com a CF (art. 84, IV) de *competência privativa* do Presidente da República (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 16.^a ed., 1991, p. 108).

Quando a lei prevê uma regulamentação, a mesma se torna *conditio juris* da atuação normativa do diploma legal e, no caso, havia previsão de regulamentação, que, com a devida vênua, não podia ser do Ministro, mas tão-somente, do Presidente da República.

Por mais que se tenha discutido uma intervenção ministerial no poder regulamentar, a melhor doutrina reconhece que não é dado aos Ministros competência para estabelecer regras gerais que venham afetar ou restringir os direitos de terceiros, limitando-se a sua competência à regulamentação da organização e do funcionamento dos serviços dos Ministérios dos quais são titulares.

Cabe pois, distinguir entre os regula-

mentos externos, que criam deveres para terceiros, e que só podem decorrer de Decreto, e os regulamentos internos, também denominados regimentos e instruções e ainda existentes sob outras formas, que se destinam tão-somente aos funcionários e podem decorrer de decisão ministerial.

Essas destinações não são meras filigranas jurídicas mas decorrem da própria existência do Estado de Direito, que pressupõe o respeito à hierarquia das normas, cuja violação implica em verdadeira e completa "subversão da ordem jurídica" como bem salientou Victor Nunes Leal. Efetivamente, conclui o eminente jurisconsulto, numa frase que tanto se aplica ao Chefe de Estado, como aos seus ministros que, a violação da hierarquia das normas jurídicas teria as mais nefastas conseqüências pois: "O sistema da legalidade, o Estado de Direito, terá desaparecido entre nós e o Presidente da República estaria equiparado aos imperantes das antigas monarquias absolutas: *Principis legibus solutus est*. Essa conseqüência repugna, porém, não só a consciência jurídica moderna, como ainda ao próprio texto constitucional".

A portaria é definida como ato administrativo interno pelo qual a autoridade expede determinações para seus subordinados ou designa funcionários para funções ou cargos. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, consagraram o entendimento de acordo com o qual: "As portarias não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública".

Dentro da mesma orientação e interpretando o sentido das "instruções" às quais se refere o inc. II do parágrafo único do art. 87 da CF, no qual se fundamentou a Portaria ministerial, o Prof. José Cretella Junior esclarece que: "As instruções não ultrapassam os limi-

tes das repartições atuando com eficácia interna, dirigindo-se a um determinado grupo de funcionários...”

E acrescenta o i. Professor paulista, ao caracterizar as instruções: “Endereço certo — agentes internos da administração pública, objeto incontestável — harmonia e unidade dos serviços públicos, eis duas notas sobre as quais não divergem os tratadistas que estudam o assunto”.

Ora, no caso, a portaria no seu art. 2, determina que as instituições prestem as informações com bases nos cadastros de 1.1.92 e transforma a determinação abstrata da lei, condicionada à regulamentação, em norma específica de comando em relação a terceiros, pessoas jurídicas que deverão prestar as informações.

Há, assim, incontestável ilegalidade, decorrente não só da falta de competência da autoridade, que baixou o ato, regulamentando a lei, o que só poderia ser feito, em tese, por ele, mas eventualmente, por Decreto, como também ilegalidade em virtude do uso da portaria para criar deveres para terceiros, quando se trata de instrumento inviável para tal fim.

Considerando-se que, no Estado Democrático, o indivíduo pode fazer tudo que a lei não veda e só deve fazer o que a lei determina que seja feito, é evidente que o legislador, ao restringir a chamada liberdade bancária, que consiste no direito ao sigilo bancário, o fez com caráter excepcional, delegando — embora não pudesse fazê-lo — ao Ministro da Economia a definição das condições nas quais o sigilo poderá ser levantado. E o ministro não fixou essas condições, generalizando indevidamente o dever de informação a respeito das

contas bancárias e regulamentando tão-somente a data-base e definindo a autoridade competente. Salvo melhor juízo, dentro do espírito da Constituição e da lei, não era essa a função delegada ao ministro, ao qual cabia definir os termos nos quais as requisições deveriam ser feitas e que deveria obedecer a um modelo análogo ao que consta no art. 38 da Lei 4.595, que especifica as hipóteses de levantamento do sigilo bancário.

Diante de uma lei de caráter excepcional, não se pode considerar suscetíveis de levantamento do sigilo bancário, todas as contas do depósito em bancos, sob pena de estar desobedecendo aos próprios princípios consagrados pela Constituição Federal e que, presumidamente, norteariam também a atuação do legislador ordinário.

Conclui-se, assim, que a Portaria 144:

a) é inconstitucional por regulamentar lei inconstitucional (art. 12 da LC 70);

b) é inconstitucional, pois importa em regulamentação de lei complementar, o que só poderia ser feito por lei ou, no máximo, por decreto do Poder Executivo (art. 84, IV da CF);

c) é ilegal por criar deveres para terceiros não funcionários, quando a portaria não tem essa função limitando-se a dar instruções aos funcionários ou a designá-los para ocupar determinadas funções ou cargos;

d) é ilegal por violar a lei dentro dos limites em que não estabeleceu, como devia fazê-lo, as condições excepcionais que justificariam a requisição e o fornecimento das informações às quais alude Lei e que a mesma deixou para serem regulamentadas pelo Ministro do Estado (embora coubesse à própria lei fazê-lo sob pena de inconstitucionalidade).

ATUALIDADES

O SISTEMA JUDICIÁRIO JAPONÊS

LUIZ FELIZARDO BARROSO
ALOYSIO DE MORAES

1. O Sistema Judiciário pós-guerra: 1.1 Democratização do Judiciário; 1.2 Qualificações para a profissão jurídica — 2. Os Tribunais: 2.1 O Supremo Tribunal; 2.2 Administração Judicial; 2.3 Pesquisadores; 2.4 Estabelecendo normas sobre constitucionalidade; 2.5 Julgamentos do Supremo Tribunal; 2.6 Tendências nas sentenças do Supremo Tribunal; 2.7 Tribunais Superiores; 2.8 Tribunais Distritais; 2.9 O Sistema Adversário; 2.10 Novo julgamento; 2.11 Indenização Penal; 2.12 O Sistema de Júri; 2.13 Tribunais de família; 2.14 Tribunais Sumários; 2.15 Garantia de *status* dos juízes; 2.16 Nomeações judiciais; 2.17 Permuta e pessoal na profissão jurídica; 2.18 A conexão política; 2.19 Revisão popular — 3. Promotores públicos: 3.1 Deveres; 3.2 Suprema Promotoria Pública; 3.3 Promotorias Públicas Superiores; 3.4 Promotorias Públicas Distritais; 3.5 Investigação, prisão e detenção; 3.6 Conferências de promotores públicos do primeiro escalão; 3.7 A conexão política; 3.8 Direito de disposição; 3.9 Outros órgãos de execução da lei; 3.10 Imunidade penal; 3.11 Execução de sentenças; 3.12 Prisões; 3.13 Liberdade condicional; 3.14 Pena capital — 4. O Ministério da Justiça: 4.1 Organização; 4.2 Órgão de Investigação de Segurança Pública — 5. Advogados: 5.1 O sistema de ordem dos advogados; 5.2 Associação das Ordens de Advogado; 5.3 Advogados no tribunal — Julgamentos criminais; 5.4 Julgamentos civis; 5.5 Vereditos de não culpado; 5.6 Casos de poluição; 5.7 Outras atividades — Assistência Jurídica; 5.8 Proteção de direitos humanos; 5.9 Honorários dos Advogados; 5.10 Má distribuição de advogados — 6. Problemas da profissão jurídica: 6.1 Cooperação mútua; 6.2 Difícil exame da ordem nacional dos advogados; 6.3 Mulheres na carreira jurídica; 6.4 Cooperação internacional.

1. O SISTEMA JUDICIÁRIO PÓS-GUERRA

O Judiciário japonês é um órgão governamental independente, com poderes iguais aos do Legislativo (A Dieta Nacional) e do Executivo (O gabinete e os órgãos administrativos). Os três juntos constituem o suporte do Japão como um Estado moderno.

O sistema Judiciário compreende três partes principais: os tribunais, encabeçados pelo Supremo Tribunal; os gabinetes da promotoria pública, estabelecidos em correspondência com os tribunais; e

Nichibenren (a Federação Japonesa das Ordens de Advogados), uma organização privada. Este sistema foi estabelecido após a 2.ª Guerra Mundial, terminada com a rendição do Japão, em 15.8.45. Até então, o Judiciário havia funcionado sob o sistema orientado pelo Imperador, criado pela Constituição Meiji de 1889. Os julgamentos eram realizados em nome do Imperador. O Ministro da Justiça reservava-se o direito de designar juízes e promotores públicos e também tinha autoridade sobre o orçamento dos tribunais. Com as Ordens de Advogados também sob a supervisão do

Ministro da Justiça, todos os órgãos judiciais estavam em rigor sob a autoridade do gabinete.

Após a guerra, entretanto, quando o Japão foi ocupado pelas Forças Aliadas, o sistema Judiciário foi reformado, segundo a política de democratização dos Aliados. A nova Constituição pós-guerra do Japão serviu como base para estas reformas. Substituindo a Constituição Meiji, centrada no Imperador, ela foi promulgada em 3.11.46, e entrou em vigor a 3.5.47. A nova Constituição, redigida com bases nos três princípios da soberania do povo, respeito pelos direitos fundamentais humanos, e busca da paz, fez nascer um novo sistema judiciário, adequado para um Estado moderno.

O sistema de tribunal que surgiu compreendia o Supremo Tribunal, no alto, tribunais superiores e tribunais distritais. Uma característica dos novos tribunais foi o direito concedido pela Constituição à revisão judicial, isto é, a autoridade dos tribunais em determinar a constitucionalidade de qualquer lei ou regulamento. Também foi dado aos tribunais o direito de compilar seus próprios orçamentos. Ter autoridade para realizar todos os julgamentos e poder compilar um orçamento não sujeito a restrições governamentais constituíram passos vitais para assegurar a independência do Judiciário.

O sistema de Promotoria também foi reformado. Segundo o velho sistema, os gabinetes dos promotores públicos eram órgãos diretamente ligados aos tribunais. Mas com a aprovação da Lei do Ofício dos Promotores Públicos, que entrou em vigor na mesma época que a Constituição, os ofícios de promotores públicos tornaram-se independentes, agindo paralelamente aos tribunais. Os gabinetes dos promotores públicos, encabeçados pelo Procurador-Geral do Gabinete Supremo dos Promotores Públicos foram incumbidos da missão de assegurar

investigação controlada e ordenada e procedimento no tribunal em consonância com o princípio da unidade de todos os promotores públicos, que devem atuar de maneira uniforme, não independentemente um do outro.

Enquanto isso, foi inaugurado o *Nichibenren*, em 1.9.49, para eliminar a burocracia dos tribunais e das promotorias públicas. O *Nichibenren* é uma organização privada que opera independentemente, sem estar sujeita a qualquer direção ou supervisão exterior de qualquer natureza. Sua base legal está na Lei do Advogado (Lei do Advogado Praticante), que entrou em vigor no mesmo dia.

1.1 Democratização do Judiciário

A democratização do Japão, que começou com o final da guerra, incluiu reformas legislativas do judiciário. As que seguem são algumas das principais alterações que foram realizadas.

O capítulo III da Constituição (arts. 10-40), que trata dos direitos e deveres do povo, especifica o direito de todos os cidadãos a acesso aos tribunais, a necessidade de um mandado para efetuar-se uma prisão, a proibição de tortura e punição cruel, o direito a um julgamento justo e expedito, e a garantia contra punição retroativa e ameaça dupla.

Na área da lei penal, tais ofensas, como adultério e lesa-majestade, foram repelidas. Mas a mais notável reforma na lei penal foi a garantia do devido processo. Nenhum suspeito pode ser fisicamente cerceado, sem um mandado emitido por um tribunal, e qualquer pessoa tem o direito de deixar o local se não houve tal mandado. Mandados também são necessários para a busca e apreensão de evidências em qualquer investigação criminal. E quando a polícia, ou os promotores públicos, detiverem um suspeito, deve ser feita acusação dentro de um prazo especificado de tempo.

Além disso, um suspeito não pode ser condenado com base somente em sua confissão, sendo necessária evidência imparcial para sustentar a confissão. A Constituição também garante que nenhuma pessoa será obrigada a testemunhar contra si própria.

A Constituição declara claramente que o Supremo Tribunal é o tribunal de última instância. A criação de tribunais extraordinários, tais como o tribunal constitucional e as Cortes Marciais Militares e Navais que existiam até o fim da 2.^a Guerra, é proibida pela Constituição. Mesmo quando órgãos governamentais executivos detêm o direito de julgamento e aprovação, no caso de objeção, litígio administrativo pode ser instituído, visando o julgamento do tribunal; a nenhum órgão ou departamento do poder executivo é dado poder judicial final.

1.2 Qualificações para a profissão jurídica

Juízes, promotores públicos e advogados são todos membros da profissão jurídica, genericamente falando-se. Há várias qualificações que os candidatos à profissão devem satisfazer. Primeiro, como norma geral, eles devem ser aprovados no exame da Ordem Nacional, que é realizado uma vez por ano e é considerada como sendo tão difícil quanto o exame para o serviço diplomático. Além do teste escrito que envolve dissertações e interpretações legais, os candidatos devem submeter-se a um exame oral.

Os 486 candidatos que passaram no exame da Ordem em 1980 incluíam 49 mulheres, ou aproximadamente 10% do total. Havia 28.656 candidatos, perfazendo a média de candidatos aprovados de 1 para 58,96. Na maioria dos anos, somente 1 de cerca de 50 candidatos consegue aprovação, e aqueles que passam no teste em primeira tentativa

constituem menos de 10% dos candidatos. Muitos passam somente na segunda ou terceira tentativa. Por esse motivo, a média de idade dos candidatos aprovados é de 27 ou 28 anos, mais elevada do que dos novos empregados em outros órgãos governamentais ou em companhias privadas.

Os que são aprovados no exame da Ordem são obrigados a passar dois anos como aprendizes no Instituto de Pesquisa Jurídica e Treinamento, supervisionado pelo Supremo Tribunal. Enquanto estão lá, eles se submetem a treinamento nos tribunais, nos gabinetes de promotores públicos, e em escritórios de advocacia, além de estudarem jurisprudência e matérias gerais. Após passarem no exame final, eles são qualificados para praticar a advocacia, a menos que visem posições como juízes ou promotores públicos, pois nestes casos eles enfrentam outro exame oral. Para ambas as posições, os candidatos que se classificaram bem no exame da Ordem dos Advogados são considerados como estando em vantagem. Uma vez concedida, a qualificação jurídica é vitalícia. A maioria dos juízes ou dos promotores públicos continuam na profissão jurídica após aposentarem-se, registrando-se como advogados.

2. OS TRIBUNAIS

2.1 O Supremo Tribunal

O Supremo Tribunal, que é o topo da estrutura judiciária, está localizado desde 1974 em um imponente edifício de cinco andares, em forma de fortaleza, em Tóquio.

No Supremo Tribunal, há 15 juízes, incluindo o Juiz Presidente. De acordo com as determinações da Constituição, os Juízes são nomeados pelo gabinete, exceto o Juiz Presidente, que é designado pelo gabinete e nomeado pelo Imperador.

Uma das qualificações de um juiz do Supremo Tribunal, conforme prescrito na Lei de Organização do Tribunal, é de que ele tenha no mínimo 40 anos. Embora não haja discriminação de sexo, nenhuma mulher foi nomeada para o Supremo Tribunal, até janeiro de 1981. A lei também exige que dos 15 juízes do Supremo Tribunal, 10 sejam juízes, promotores públicos, advogados ou professores ou professores adjuntos de direito; os 5 restantes devem ser pessoas de grande visão, com um conhecimento de leis.

Os atuais 15 juízes do Supremo Tribunal incluem 5 antigos juízes, 5 antigos advogados, e 5 "homens de sabedoria e experiência". A última categoria inclui eruditos em leis e antigos promotores públicos e burocratas. Esta distribuição de representantes de diversos campos jurídicos, que é considerada justa, não está baseada em qualquer lei mas tem continuado inalterada desde a composição do Supremo Tribunal na época de sua inauguração.

O Supremo Tribunal consiste do Grande e Pequenos Bancos. O Grande Banco de julgamentos nos quais novas normas constitucionais são estabelecidas, ou novos precedentes são criados.

Estes julgamentos são estudados por todos os 15 juízes. Cinco juízes do Supremo Tribunal são designados para cada um dos Pequenos Bancos, dos quais existem três. O Juiz Presidente também é membro de um dos Pequenos Bancos. Mas já que ele tem deveres oficiais outros, além do trabalho do tribunal, tais como cumprir funções públicas e de Estado, ele raramente está presente em um julgamento do pequeno Banco. O Grande Banco reúne-se toda quarta-feira, sob a presidência do Juiz Presidente, como um tribunal colegiado. No Pequeno Banco, os cinco juízes se revezam servindo como Juiz Presidente.

A remuneração do Juiz Presidente é igual à do primeiro-ministro, enquanto os demais juízes recebem o mesmo que

ministros de Estado. Para todos eles, inclusive o Juiz Presidente, a idade de aposentadoria é aos 70 anos. Os juízes do Supremo Tribunal têm idade avançada, em geral, com a média de 66 anos, em janeiro de 1981. A razão para a elevada média de idade dos mesmos é que a maioria tinha pelo menos 60 anos à época de sua nomeação. Embora alguns defendam a idéia de juízes mais novos no Supremo Tribunal, outros são contra, com base em que a nomeação deles antes dos 60 anos implicaria em uma permanência no cargo muito longa. Por enquanto parece improvável que se extinga esta característica de juízes mais idosos.

2.2 Administração Judicial

Toda quarta-feira, quando o Grande Banco se reúne como um tribunal colegiado, é realizada uma assembléia judicial para discutir assuntos de administração judicial. (Foi nesta assembléia que os juízes decidiram, à época do escândalo da Lockheed em 1976, emitir uma declaração do Supremo Tribunal afirmando que, a fim de obter depoimentos americanos o Japão não processaria os suspeitos americanos. Também é nesta assembléia que são feitos inquéritos da má conduta de juízes de tribunais inferiores e são iniciadas providências para a demissão dos mesmos.

2.3 Pesquisadores

Além dos 15 juízes, o Supremo Tribunal tem aproximadamente 20 pesquisadores judiciais. Sob instrução dos juízes, estes pesquisadores, todos os quais sendo juízes qualificados, esclarecem pontos de disputa com base na teoria e em precedentes judiciais (tanto japoneses como estrangeiros) antes de enviar relatos aos magistrados. Enquanto que as sentenças do Tribunal são obviamente passados pelos magistrados ao Supremo Tribunal, algumas vezes

pede-se aos pesquisadores que dêem suas opiniões, desta forma, desempenhando um papel de importância no trabalho do tribunal. Há sempre cerca de 3.000 casos, tanto civis como criminais, em apelação no Supremo Tribunal. O trabalho dos pesquisadores é indispensável para se vencer este volume.

2.4 Estabelecendo normas sobre constitucionalidade

Tribunais distritais e superiores, assim como o Supremo Tribunal, têm autoridade para decidir questões de constitucionalidade. Mas embora tenha havido muitos casos em que tribunais distritais ou superiores tenham determinado que certas leis existentes eram inconstitucionais, a maioria destas decisões foram derrubadas por apelação ao Supremo Tribunal. O Grande Banco do Supremo Tribunal estabeleceu norma de inconstitucionalidade em apenas três casos: em abril de 1973, contra a cláusula no artigo 200 do Código Penal para punição mais pesada para patricídio do que para outras formas de homicídio; em abril de 1975, contra a cláusula da Lei de Assuntos Farmacêuticos, estipulando regulamentos de distância para novas farmácias; e em abril de 1976, estabelecendo regra sobre litígio administrativo, relativa ao fato de que distribuição desproporcional dos membros da Dieta viola o artigo 14 da Constituição, que garante a igualdade de todas as pessoas segundo a lei.

Quando uma lei existente é determinada como sendo inconstitucional, a transcrição da decisão do tribunal é enviada para a Dieta, e a lei irregular deve ser revogada. O dispositivo do Código Penal sobre patricídio, porém, permaneceu inalterado. Isso porque muitas pessoas dentro do majoritário Partido Liberal Democrático são contra sua revogação com base em que reverência aos ascendentes lineares é um

princípio universal. Nem a questão da distribuição proporcional dos membros da Dieta foi grandemente corrigida, exceto em algumas constituintes, por causa dos interesses de diversos partidos políticos e do fato de membros da Dieta estarem envolvidos.

2.5 Julgamentos do Supremo Tribunal

O Supremo Tribunal passa julgamento somente sobre assuntos pertinentes a interpretação da Constituição. Estes julgamentos envolvem principalmente o exame de prova documentária, mas algumas vezes o tribunal ouve declarações orais das partes envolvidas, tais como o promotor público, o advogado, o autor e o réu. A sentença do Supremo Tribunal geralmente é pronunciada em apenas poucas palavras, como por exemplo: "Esta apelação ao Supremo Tribunal é negada". As razões para uma sentença raras vezes são lidas no tribunal, embora o texto impresso seja posteriormente entregue às partes interessadas, e seja também tornado público, com o parecer de cada juiz claramente identificado. Dos casos que constituem apelação para o Supremo Tribunal, aqueles considerados como correntes de bases suficientes para apelação não são julgados mas são recusados por decisão simples. Uma sentença do Supremo Tribunal, seja por sentença, seja por decisão, é final.

2.6 Tendências nas sentenças do Supremo Tribunal

Os tribunais, que cumprem a função de passar sentenças justas e razoáveis em litígios envolvendo direitos e deveres, têm duas funções principais. Uma é proteger os direitos humanos dos cidadãos e a outra, manter a ordem nacional e social. O ideal é claro, seria se os direitos humanos e a ordem social se complementassem mutuamente, mas

muitas vezes entram em conflitos. Tomemos o exemplo da permissão e restrições para demonstrações. Uma demonstração, que é uma manifestação da liberdade de expressão do povo, é limitada por normas policiais que são criadas para manter a ordem e impedir a desordem. Frequentemente, têm sido passadas sentenças sobre o equilíbrio entre o direito da livre expressão e a necessidade da manutenção da ordem. O Supremo Tribunal consistentemente tem se decidido a favor da manutenção da ordem. Em geral, as decisões do Supremo Tribunal tendem ao conservadorismo e à manutenção do *status quo*.

Em algumas áreas, porém, o Supremo Tribunal torna-se maleável, por respeito ao ser humano. Isto pode ser observado, por exemplo, em casos envolvendo as vítimas da poluição ambiental. As vítimas da poluição no Japão, tais como aquelas sofrendo da doença de Minamata (envenenamento por mercúrio), encontraram-se em situação penosa, sem ajuda alguma vindo quer dos órgãos administrativos do governo, quer das companhias de cujas fábricas saíram as substâncias tóxicas. As vítimas, finalmente foram aos tribunais à procura de socorro. Demonstrando compreensão pela situação das vítimas, os tribunais aceitaram novos argumentos legais que livraram a carga de prova dos autores, e finalmente sentenciaram que as companhias sob acusação tinham de pagar danos. Estas decisões, proferidas segundo a direção do Supremo tribunal, têm sido aclamadas efusivamente.

2.7 Tribunais Superiores

Os tribunais superiores julgam casos de apelação originários dos tribunais distritais. Existem oito tribunais superiores em todo o Japão: em Tóquio, Osaka, Nagoya, Hiroshima, Fukuoka, Sendai, Sapporo e Takamatsu. Cada um dos tribunais superiores é dirigido por

um presidente, que é nomeado pelo gabinete e ao qual é dada autorização imperial. Um tribunal superior não analisa todos os aspectos do caso sob apelação. O tribunal é encarregado de julgar somente o ponto ou pontos no veredito do tribunal distrital com os quais o apelante está insatisfeito. Entretanto, por causa da dificuldade em separar somente determinados pontos em um caso com muitas causas e efeitos interrelacionadas, em muitos casos, o caso inteiro é revisto.

A sentença de um tribunal superior pode ser posteriormente apelada no Supremo Tribunal, se o caso envolver violação da Constituição, uma contravenção de precedentes judiciais, ou um erro grosseiro de fato. Na verdade, porém, tais acusações são meramente usadas como pretextos para se levar muitos casos ao Supremo Tribunal.

2.8 Tribunais Distritais

O tribunal distrital é, em muitos casos, o tribunal de primeira instância. Há 50 tribunais deste tipo, um em cada uma das 47 unidades de prefeitura do Japão, exceto Hokkaido, que, por causa de sua grande área, tem quatro: Sapporo, Asahikawa, Kushiro e Hakodate. Estes tribunais tratam de casos civis como criminais. Um único juiz trata de casos simples, enquanto três juízes formam um tribunal colegiado para casos mais complexos. Os pareceres individuais dos juízes a respeito de suas sentenças são mantidos em segredo. Se os três juízes discordarem e não conseguirem chegar a um consenso, a sentença é escrita com base no ponto ou pontos sobre os quais dois dos juízes concordam. Mesmo assim, porém, o texto é assinado por todos os três juízes, e a opinião discordante não é registrada. O mesmo acontece com as sentenças de tribunal superior, acentuando uma diferença marcante entre os tribunais distritais e superiores

e o Supremo Tribunal, pois neste os nomes e pareceres de todos os juízes são tornados públicos.

2.9 O Sistema Adversário

Conforme visto acima, os julgamentos no Japão podem passar por três estágios, o tribunal distrital, superior e supremo. Todos os julgamentos são conduzidos segundo o sistema adversário pelo qual as partes interessadas fazem suas reivindicações e alegações em contrário, e o juiz ou juízes dão um veredito.

Em um caso criminal a acusação escrita é enviada ao tribunal, ao mesmo tempo em que os promotores públicos acusam o suspeito. O julgamento se desenvolve com base no indiciamento, fazendo-se tentativas a fim de determinar-se os fatos do crime e com diversas interpretações da lei sendo originadas. O advogado de defesa entrega evidência a favor do réu, enquanto os promotores públicos apresentam prova danosa a ele.

Também são apresentadas ao tribunal declarações escritas tomadas do acusado durante as investigações, assim como as declarações de testemunhas. As testemunhas são também às vezes convocadas para prestarem testemunho oral. Neste caso, o lado que convocou a testemunha conduz o exame direto, e o outro lado tem o direito a reexaminar.

O juiz presidente conduz o julgamento de acordo com o Código de Processo Penal. As testemunhas comparecendo ao tribunal testemunham, após jurarem dizer a verdade; caso dêem prova falsa, elas podem ser processadas por perjúrio. No entanto, testemunhas podem se recusar a testemunhar se elas próprias ou seus parentes tornarem-se passíveis de processo.

2.10 Novo julgamento

Mesmo após um veredito de culpa ter-se tornado final, um novo julgamento pode ser exigido se tiver havido uma má

interpretação da justiça. Os processos envolvidos, estipulados no Código de Processo Penal, requerem a apresentação de prova nova e bem definida. Após um julgamento ou julgamentos longos, porém, tal prova dificilmente aparece. Por esta razão, o novo julgamento tem sido conhecido como uma "porta fechada".

Em 1975, porém, o Supremo Tribunal passou uma sentença que abriu um pouco esta porta; que não há necessidade de insistir-se absolutamente em prova nova e bem definida; que um novo julgamento pode ser realizado se houver base suficiente para dúvida sobre o veredito de culpa. Após esta sentença, foi dada aprovação para a revisão de muitos casos, inclusive de um caso de latrocínio, para o qual vereditos de não culpado foram então dados. A partir de janeiro de 1981, foi dada muita atenção às petições para novo julgamento arquivadas por três condenados sob pena de morte.

2.11 Indenização Penal

Quando um julgamento criminal (ou novo julgamento) termina com um veredito final de não culpado, o Estado paga indenização à pessoa julgada. A indenização é limitada ao período de tempo durante o qual a pessoa estava sob limitação física e é calculada em uma taxa de entre Y 1.000 e Y 4.000 por dia (até janeiro de 1981). A pessoa julgada também pode iniciar um processo pedindo indenização do Estado, em cujo caso intenção ou negligência, por parte do Estado, precisará ser provada. A indenização do Estado poucas vezes tem sido concedida.

2.12 O Sistema de Júri

Muitos países ocidentais operam em um sistema de júri, mas este não é usado no Japão. De fato, o sistema de júri está legalmente em existência, com sua validade legal meramente suspensa. A Lei

de Júri foi promulgada em 18 de abril 1923. Esta lei estipula que os membros do júri devem: 1. ser homens, de no mínimo trinta anos; 2. ter morado na mesma cidade ou vila, por no mínimo dois anos; 3. ter pago, pelo menos, Y 3 de imposto nacional, por, no mínimo, dois anos; e, 4. saber ler e escrever.

De acordo com a lei, um júri deveria julgar um caso no qual a pena de morte ou prisão perpétua com trabalhos forçados estivesse sendo pedida pela promotoria e o réu negasse a culpa. Um réu também poderia pedir um julgamento por júri em um caso implicando uma pena de, no mínimo, três anos de prisão, com trabalhos forçados.

O número de casos julgados de acordo com a Lei de Júri totalizou 25.192, embora, por muitos motivos, como renúncia por parte dos réus, somente 484 casos foram realmente submetidos a júris. Embora a taxa de absolvição atingisse 17%, começaram a surgir perguntas sobre a condução de tais julgamentos, e o uso de júris gradualmente começou a ser evitado. Isto veio à tona porque o tribunal não ficava vinculado ao parecer do júri, o tribunal podia substituir membros do júri quantas vezes quisesse, e os julgamentos envolvendo a Lei de Preservação da Paz e violações de eleição eram isentos de julgamento por júri. A Lei de Júri permanece suspensa desde 1943.

2.13 Tribunais de família

Os Tribunais de família mediam e tratam de vários litígios de família, tais como divórcio e indenização. Uma comissão de mediação composta de cidadãos reúne-se com o juiz encarregado de solucionar o litígio trazido pelas partes interessadas. Se estas ficarem insatisfeitas com a mediação do tribunal, elas poderão pedir um julgamento aberto.

Casos envolvendo jovens entre as idades de 14 e 19 anos são tratados pelos tribunais de família.

Casos de criminalidade juvenil são tratados da mesma maneira que casos de adultos, a partir da hora em que a polícia prende um suspeito até que o jovem é entregue ao gabinete dos promotores públicos. Segundo a Lei Juvenil, o gabinete dos promotores públicos deve remeter todos os casos juvenis para um tribunal de família. Se após realizar depoimentos, o tribunal considerar punição criminal como apropriada, o jovem é novamente enviado ao gabinete dos promotores públicos, que devem indicar o mesmo e remetê-lo ao tribunal competente para julgamento.

Com base em seus depoimentos, o tribunal da família ou enviará os jovens ofensores a escolas de treinamento para jovens (reformatórios) e lares de classificação para jovem, ou centros de orientação infantil, ou os colocará em observação. Os nomes dos criminosos jovens não são divulgados pela imprensa, exceto quando um crime é particularmente hediondo e, portanto, tem um grave impacto social.

2.14 Tribunais Sumários

Tribunais sumários tratam de casos sem gravidade suficiente para exigir um julgamento formal. Eles tratam de casos criminais envolvendo ofensas puníveis por uma simples multa, e de casos civis em que o autor exige a Y 300.000 ou menos. A sentença pode ser passada por um único juiz ou emitida pelo tribunal como uma ordem sumária. Em ambos os casos, uma apelação pode ser feita a um tribunal superior, no caso de qualquer objeção à sentença do tribunal sumário.

2.15 Garantia de “status” dos juízes

O status de todos os juízes é firmemente garantido pela Constituição. Eles não podem ser exonerados, a menos que sejam feitos processos formais contra os

mesmos por motivos de má-conduta ou incapacidade mental ou física. O processo legal exigido para afastar um juiz envolve o Tribunal de Impedimentos de Juiz, que é constituído de membros tanto da Casa dos Representantes quanto da Casa dos Conselheiros. Desde a criação do Supremo Tribunal somente quatro juízes foram impedidos.

Qualquer cidadão pode iniciar um pedido para exoneração. Quando feito, um tal pedido é primeiro examinado pela Comissão de Acusação de Juiz, também estabelecido dentro da Dieta, e levado ao tribunal de impedimento.

As garantias protegendo o *status* dos juízes podem ser vistas como um método de assegurar a independência dos tribunais, conforme estipulada pelo art. 76 da Constituição: "Todos os juízes serão independentes no exercício de sua consciência e só deverão obediência a esta Constituição e às leis".

2.16 Nomeações judiciais

Conforme já mencionado, há um Supremo Tribunal com 15 juízes.

Existem oito tribunais superiores, 58 tribunais distritais e de família, e 575 tribunais sumários. No total, há 1.320 juízes e 713 juízes assistentes. Uma vez nomeados, os juízes permanecem como juízes assistentes durante 10 anos, mas têm a mesma autoridade que os juízes. Ao final do período de 10 anos, eles são novamente designados como juízes plenos, exceto em casos muito raros.

Os juízes dos tribunais sumários, que compreendem em número de 791, são um pouco diferentes em *status* e qualificações dos demais juízes. As nomeações não são feitas somente dentre os juízes antigos, juízes assistentes com, pelo menos, três anos de experiência, promotores públicos, advogados, e professores de direito, mas também de não juristas que tiverem por muito tempo tratado de trabalho judicial ou tenha, por

outra forma, adquirido o aprendizado e a experiência necessária para cumprir os deveres de um juiz de tribunal sumário, conforme determinado por uma comissão de seleção.

Esta comissão é composta de juízes do Supremo Tribunal, advogados, e outros. Os juízes do tribunal sumário aposentam-se com 70 anos, e os demais com 65 anos.

2.17 Permuta e pessoal na profissão jurídica

Por algum tempo após a Constituição do pós-guerra entrar em vigor, a idéia de fazer permuta de pessoal entre os juízes, promotores públicos, e advogados foi promovida com a intenção de evitar que juízes e promotores públicos ficassem entrançados na burocracia.

Esta política ficou conhecida como "unificação da profissão jurídica". Uma poucas permutas foram realmente efetuadas. Gradualmente, porém, até este número diminuiu, e agora não há exemplos de advogados tornando-se promotores públicos ou juízes, exceto no caso dos juízes do Supremo Tribunal. Ocasionalmente, porém, peritos em leis realmente tornam-se juízes, juízes tornam-se promotores públicos, e promotores públicos tornam-se juízes.

Enquanto alguns membros das ordens de advogados ainda aspiram à unificação da profissão jurídica, nem os tribunais nem os gabinetes dos promotores públicos aprovam a idéia.

2.18 A conexão política

Qual a influência política, caso exista, sobre o judiciário, que é um dos três órgãos independentes do governo? Os tribunais não estão sob influência política direta. Mas já que o gabinete detém o direito de nomear juízes o Supremo Tribunal, é altamente improvável que qualquer um não aceitável pelo partido no

poder seja nomeado. Portanto, pode-se dizer que uma influência política indireta realmente existe. Por exemplo, após um precedente judicial ter sido estabelecido no começo dos anos 40, favorecendo os trabalhadores em um julgamento sob os direitos trabalhistas básicos do governo e dos trabalhadores federais e públicos, juízes "biônicos" foram designados para substituírem juízes em processo de aposentadoria, e algum tempo depois um precedente diferente foi estabelecido.

2.19 Revisão popular

Embora o gabinete tenha autoridade para nomear juízes do Supremo Tribunal, o sistema de revisão popular, que permite ao povo rever a competência dos juízes designados, existe como uma supervisão sobre o gabinete. Os juízes do Supremo Tribunal submetem-se à revisão na primeira eleição geral dos membros da Casa de Representantes seguindo-se à nomeação daqueles. Um juiz é exonerado se a maioria dos votantes indicar seu desejo de dispensá-lo, colocando um "X" ao lado do seu nome na cédula. Embora grupos trabalhistas e progressistas às vezes organizem campanhas contra juízes que eles consideram inaceitáveis, até agora nenhum juiz foi exonerado através da revisão popular.

3. PROMOTORES PÚBLICOS

3.1 Deveres

Os aproximadamente 1.200 promotores públicos, liderados pelo promotor geral, trabalham em íntima coordenação, a fim de evitar discrepância no tratamento de casos que podem receber apelação para os tribunais superiores e, assim, serem tratados por diferentes gabinetes de promotores públicos. A falta de tal coordenação não somente daria origem a confusão e inconsistência mas poderia de fato impedir a justiça e

tornar impossível chegar-se à verdade do assunto, que é o objetivo do processo por julgamento. Portanto, uma vez os promotores públicos determinem sua política em um determinado caso, eles nunca se desviam desta linha.

A Lei do Ofício dos Promotores Públicos, que é, a base jurídica para as atividades dos promotores públicos, estipula suas funções no art. 4: "Nos casos criminais, os promotores públicos instituirão processo, solicitarão a aplicação adequada da lei por parte dos tribunais e supervisionarão a execução de sentenças; em outros casos, que caíam sob a jurisdição de um tribunal, os promotores públicos poderão, quando considerarem necessário, em relação aos seus deveres oficiais, solicitar informações, ou dar pareceres a um tribunal, e, como representantes do interesse público, cumprir tais funções conforme sejam autorizados por outras leis".

Os Promotores Públicos devem desempenhar suas funções de um modo justo e imparcial, para que a ordem pública seja mantida e os direitos dos cidadãos sejam assegurados. A fim de assegurar imparcialidade, o *status* deles é garantido por lei. O gabinete nomeia promotores públicos mas não pode exonerá-los ou puni-los sem justa causa. Embora ação disciplinadora possa ser tomada contra um promotor público por motivos justificáveis, tais como incapacidade física ou mental, ou incompetência, isto só pode ser feito com base em uma decisão da Comissão para Exame de Qualificações de Promotores Públicos. A Comissão, sob a supervisão do Primeiro-Ministro, consiste de 11 membros — 6 membros da Dieta e 5 pessoas de outras camadas da sociedade.

3.2 Suprema Promotoria Pública

A Suprema Promotoria Pública, localizada próxima ao Parque Hibiya em Tóquio, corresponde ao Supremo Tribu-

nal, e supervisiona todas as promotorias públicas no país. Ela é presidida pelo promotor geral. O segundo no comando é o promotor geral adjunto. O promotor geral, o promotor geral adjunto e os promotores superintendentes que dirigem as promotorias públicas superiores são nomeados pelo gabinete e confirmados pelo Imperador. A aposentadoria compulsória é com a idade de 65 anos para o promotor geral e de 63 para todos os demais promotores públicos.

A Suprema Promotoria Pública contém departamentos encarregados de assuntos penais, de segurança pública, dos tribunais, e de administração. Tanto os departamentos de assuntos penais quanto os de segurança pública dispõem de sete ou oito promotores públicos. Eles estão encarregados de assuntos penais e de segurança pública nas oito promotorias públicas superiores em todo o país, recebendo relatórios sobre casos e fazendo a ligação e a coordenação da distribuição de casos. Uma vez que todos os promotores públicos trabalham em consonância, os promotores públicos da Suprema Promotoria Pública coordenam o tratamento de casos semelhantes no país, tais como violações de eleição, para evitar discrepância originadas do fato de promotorias públicas distritais individuais seguirem linhas inconsistentes. Eles também oferecem orientação para as promotorias públicas distritais sobre teoria judiciária, precedente interpretação.

3.3 Promotorias Públicas Superiores

Existem 8 promotorias públicas superiores, localizadas nas mesmas cidades que os tribunais superiores. Em sua maioria, elas tratam de apelações, mas elas também iniciam processos para a anulação da eleição de membros de Dieta que tenham sido considerados culpados de violação de eleição. Promotorias Públicas superiores raramente

realizam investigações e de fato não estão equipadas para tal, tanto em termos de funcionários, como de verbas. No entanto, já que o Tribunal Superior de Tóquio é o tribunal de primeira instância para determinados tipos de casos, tais como aqueles envolvendo violações da Lei Antimonopólio, a Promotoria Pública Superior de Tóquio é, algumas vezes, encarregada de investigação. O caso de um cartel formado por companhias petrolíferas, que foi exposto em 1973, e sobre o qual o Tribunal Superior de Tóquio sentenciou em setembro de 1980, é um tal exemplo. Entretanto, mesmo neste caso, à Promotoria Pública do Distrito de Tóquio foi confiada a investigação e a Promotoria Pública Superior de Tóquio apenas tratou do caso no tribunal.

3.4 Promotorias Públicas Distritais

As Promotorias Públicas Distritais podem ser comparadas às unidades de linha de frente em termos de investigação e processo de julgamento. Cada promotoria pública distrital é dirigida por um promotor chefe. Existem 50 promotorias públicas distritais, localizadas nas mesmas cidades que os tribunais distritais. As promotorias distritais na maioria das cidades têm departamentos separados para assuntos penais, segurança pública, e outras questões.

3.5 Investigação, prisão e detenção

Embora o papel dinâmico representado pelos promotores públicos distritais de Tóquio atraísse muita atenção no caso do suborno da Lockheed de 1976, nem todos os escritórios dos promotores públicos distritais têm os recursos para tais esforços impressionantes. Somente os escritórios dos promotores públicos distritais de Tóquio e Osaka têm departamentos de investigação especial, com Tóquio representando o papel principal.

O chefe do departamento de investigação especial da Promotoria Pública Distrital de Tóquio tem um quadro de funcionários de cerca de 30 promotores públicos, que, são auxiliados por cerca de 50 assistentes. Este departamento investiga casos de suborno envolvendo círculos políticos, de negócios e burocráticos.

Legalmente, a polícia tem o direito de investigação primária, mas os promotores públicos também têm o direito de investigar qualquer crime e podem, instruir a polícia. Cláusulas específicas a respeito de investigações por parte dos promotores públicos são encontradas no Código de Processo Penal e na Lei de Promotorias Públicas. A razão pela qual os promotores públicos têm o direito de conduzir investigações é que a organização policial é considerada mais suscetível à influência política.

Um suspeito preso por um promotor público pode ser detido por 48 horas com base em um mandado obtido de um juiz. Quando é considerado necessário deter um suspeito por um período mais longo, um mandado separado precisa ser obtido. A detenção é limitada a 10 dias, sendo permitida uma prorrogação de 10 dias. Portanto, os promotores públicos podem deter um suspeito por um total de 22 dias. À época em que o período total de detenção expira, o promotor deve decidir se indiciou ou libera o suspeito. Caso indiciado, o suspeito pode ser detido por mais tempo, caso haja a possibilidade da prova ser destruída, caso o suspeito não tenha residência fixa, ou caso haja a possibilidade de que o suspeito escape da jurisdição.

Quando a polícia prende um suspeito, eles devem referir o caso à promotoria pública competente dentro de 48 horas. A promotoria pública deve, então, proceder aos processos necessários para detenção mais longa do suspeito dentro de 24 horas. Portanto, quando os pro-

motores públicos efetuam uma prisão, o limite de tempo dentro do qual eles devem agir é de 24 horas menos que o limite de tempo no caso de uma prisão efetuada pela polícia.

3.6 Conferências de promotores públicos do primeiro escalão

Investigações criminais envolvendo políticos, figura do mundo dos negócios, burocratas, e os dirigentes dos governos locais têm um grande impacto político e social e, portanto, são realizadas com grande prudência. Em tais casos, os promotores públicos envolvidos reúnem-se para discutir o progresso da investigação, a avaliar provas e considerar possíveis desdobramentos. As conferências de nível mais alto são aquelas com a presença do promotor geral e do promotor geral adjunto, e, dependendo da natureza do caso, do chefe do departamento de assuntos penais ou de segurança pública da Promotoria Pública Suprema; o promotor superintendente, o promotor chefe, e o promotor público tratando do caso; o chefe do Bureau de Assuntos Criminais do Ministério da Justiça; e o vice-ministro da justiça adjunto.

Em uma conferência de tal natureza, a promotoria pública distrital investigando o caso faz um relatório detalhado, e os outros presentes fazem perguntas. Estas reuniões não são, aparentemente, meras formalidades; as provas são analisadas atentamente, e acontecem discussões acaloradas. As conferências de alto nível também são realizadas para estudar o tratamento de suspeitos que sejam juristas ou jornalistas. Estas conferências são realizadas antes de tomarem-se tais medidas como prisão, busca e apreensão de provas, ou indiciamento. A aprovação da conferência deve ser obtida antes que a investigação possa prosseguir ou seja determinada disposição do caso.

3.7 A conexão política

Um grande foco de preocupação é o limite em que os promotores públicos podem manter neutralidade política na condução das investigações, já que os cargos das promotorias são parte do órgão executivo do governo.

O art. 14 da Lei das Promotorias Públicas estabelece que o Ministro da Justiça "pode controlar e supervisionar os promotores públicos de maneira geral", mas isto é interpretado como pertinente somente à administração rotineira, não à condução de investigações. De fato, o mesmo artigo estipula que "a respeito de investigação e disposição de casos individuais, ele pode controlar somente o Promotor Geral", uma cláusula vista com a intenção de impedir intervenção política.

Como isto funciona na realidade? As investigações são conduzidas secretamente, de acordo com os princípios do Código de Processo Penal. Entretanto, no caso de suspeitos cujo tratamento está sujeito a discussão em reuniões de promotores públicos do alto escalão, o Ministro da Justiça é normalmente informado com antecedência de tais medidas, como prisão, busca e apreensão, ou indiciamento. Com suspeitos que são membros da Dieta, em particular, existe uma norma interna de procurar-se aprovação prévia do Ministro da Justiça, fazendo-se o que é conhecido como um pedido de instrução. Os promotores públicos nunca iniciam ação violenta em tais casos sem observar este procedimento. O Ministro da Justiça geralmente dá sua aprovação como uma questão de praxe.

Somente uma vez a aprovação foi negada. Isto aconteceu em relação a um escândalo da construção naval, que foi descoberto em fevereiro de 1954. Empresários tinham feito contribuições políticas para promover a aprovação de legislação para a reabilitação das indús-

trias japonesas de construção naval e de comércio naval, que tinham sido destruídas durante a 2.^a Guerra, e os promotores públicos suspeitaram de suborno. Um certo número de políticos e empresários foram presos. Os promotores públicos concluíram que era necessário prender Eisaku Sato, então secretário geral do Partido Liberal governante sob o Primeiro-Ministro Shigeru Yoshida (e mais tarde ele mesmo foi Primeiro-Ministro). Os promotores públicos procuraram a aprovação do Ministro da Justiça Takeru Inukai, mas o gabinete fez objeções e Inukai rejeitou o pedido dos promotores, exercendo o seu direito de controle e supervisão segundo o art. 14 da Lei das Promotorias Públicas e, desta forma, evitando a prisão de Sato. Como resultado, a investigação estancou e o caso foi esquecido. No entanto, o Ministro da Justiça Inukai renunciou imediatamente, e posteriormente, todo o gabinete de Yoshida renunciou também. Este exercício sem precedentes do direito de controlar e supervisionar tornou-se uma questão política importante. Ao mesmo tempo, ele demonstrou que os promotores públicos, afinal, pertencem ao órgão executivo do governo e que há limites para os seus poderes de investigação.

Nenhum gabinete seguinte encontrou o tipo de investigação por parte de promotores públicos que pudesse afetar o seu destino. No caso Lockheed, a prisão do ex-Primeiro-Ministro Kakuei Tanaka, uma figura poderosa no Partido Liberal Democrático, causou sensação. Porém, deveria ser observado que Tanaka não era o Primeiro-Ministro-titular.

3.8 Direito de disposição

Os promotores públicos têm autoridade exclusiva de determinar a disposição de casos criminais, segundo o Código de Processo Penal. Existem três tipos de disposição: processo, suspensão tempo-

rária de processo embora o ato envolvido constitua um crime, e disposição em não processar por falta de provas.

Um vez que a pessoa seja indiciada, o caso passa para a jurisdição dos tribunais até que um veredito seja final, a menos que o indiciamento seja extinto por motivos tais como a morte do acusado. Uma decisão de suspender o processo é tomada considerando-se tais fatores como a natureza do crime, sinais de arrependimento por parte do suspeito e o impacto social do crime. Embora seja tecnicamente possível iniciar ação legal após a suspensão do processo, existem poucos precedentes desta natureza.

Uma vez que uma decisão em não processar tenha sido tomada, o suspeito não pode ser investigado novamente, em relação a mesma causa porque o princípio de dupla ameaça se aplica a investigações criminais assim como a julgamentos.

3.9 Outros órgãos de execução da lei

Além da polícia e dos promotores públicos, segundo o Código de Processo Penal, a polícia rodoviária, os agentes de narcóticos, os membros das unidades policiais das Forças de Auto-defesa, e outras forças policiais especiais têm autoridade para investigar crimes que caíam diretamente na jurisdição dos mesmos, mas eles devem relatar os resultados de suas investigações aos promotores públicos. As normas a respeito de prisão física são as mesmas daquelas da polícia.

3.10 Imunidade penal

No Japão não há sistema algum para a concessão de imunidade penal, como nos Estados Unidos, segundo o qual um suspeito tem a concessão de imunidade de processo por confessar fatos relacionados com o crime para as autoridades investigadoras. No entanto, a fim de

facilitar investigação, algumas vezes são concedidas suspensões do processo em troca de cooperação.

No curso da investigação do caso Lockheed, testemunhas americanas recusaram-se a dar testemunho juramentado, a menos que lhes dessem imunidade. As autoridades japonesas finalmente obtiveram seus testemunhos após o promotor geral e o promotor chefe das Promotorias Públicas Distritais de Tóquio, que estava encarregada da investigação, terem emitido uma declaração afirmando que as testemunhas não seriam processadas e o juiz presidente do Supremo Tribunal declarado que ele garantiria isto. Uma exceção foi feita neste caso porque as pessoas envolvidas eram estrangeiras e era absolutamente necessário obter seus testemunhos para prosseguir com a investigação. No julgamento subsequente, o advogado de defesa alegou que o testemunho obtido desta forma era ilegal e inválido, mas o Tribunal Distrital de Tóquio e julgou válido.

3.11 Execução de sentenças

Quando o acusado é julgado e considerado culpado de um crime, a sentença pronunciada pelo tribunal é executada, a menos que o tribunal decida sustar sua execução, ou suspendê-la. O tribunal decide conceder ou não uma suspensão de execução com base em tais fatores como a natureza do crime, o histórico criminal do réu e o grau de arrependimento, bem como o impacto social do crime.

Quando o tribunal passa uma sentença de prisão, os promotores públicos entregam o réu à custódia da instituição correccional competente.

3.12 Prisões

Existem prisões em cada uma das prefeituras do Japão. Além disso, existem prisões para criminosos juvenis,

mulheres e réu do tráfego. As prisões são fechadas, por princípio, e a liberdade dos prisioneiros é consideravelmente restringida. Sob um sistema de tratamento progressivo, os prisioneiros são promovidos a níveis mais altos com base em boa conduta. Conforme eles são promovidos, lhes é permitido receber mais visitas e escrever mais cartas. Um prisioneiro que tenha cumprido um terço de seu período pode se beneficiar de liberdade condicional.

Existem umas poucas prisões abertas, refletindo a tendência crescente global de dar mais liberdade aos prisioneiros. Os prisioneiros destas instituições trabalham fora da prisão, embora eles não sejam tão livres quanto seus colegas em países ocidentais e estejam sempre sob vigilância. Atualmente está sendo realizado trabalho para rever a Lei de Prisão, a fim de permitir aos prisioneiros fumar na prisão.

3.13 Liberdade condicional

No caso de uma sentença suspensa ou de liberdade condicional para um jovem, o criminoso é colocado sob a supervisão de um órgão encarregado de liberdade condicional, sob a jurisdição do Ministério da Justiça. Existem 50 órgãos encarregados de liberdade condicional e três outros órgãos filiais. Há também cerca de 4.600 funcionários voluntários de liberdade condicional em todo o país, ajudando na reabilitação de criminosos. Estes voluntários, que trabalham sem remuneração, provêm de todas as camadas da sociedade — professores, monges, budistas, pastores, autônomos e donas-de-casa.

3.14 Pena capital

O Japão tem a pena de morte. A pena capital tem sido contestada em tribunal como inconstitucional com base em que

ela viola o art. 36 da Constituição, que estabelece que “a imposição de tortura por qualquer funcionário público e punições cruéis são absolutamente proibidas”. Porém, o Supremo Tribunal decidiu que ela não é inconstitucional.

A pena de morte por força é executada em Tóquio, Sendai, Osaka ou Fukuoka após a sentença ter-se tornado final e que o Ministro da Justiça tenha completado o exame final do histórico do caso.

Embora o número exato de criminosos condenados não seja tornado público, comenta-se que tenha havido cerca de 10 penas criminais até janeiro de 1981. Este número inclui três pessoas condenadas por crimes cometidos em 1947 e 1948, cujas sentenças ainda devem ser executadas. Comenta-se que um motivo para o atraso é a relutância das autoridades em executar um criminoso que está tentando um novo julgamento.

4. O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

4.1 Organização

O Ministério da Justiça é parte do órgão executivo do governo. A maioria de seus membros são promotores públicos, e o Ministro da Justiça tem o direito da gerência de pessoal relativa a todos os promotores públicos. O Ministro, um membro do gabinete, é um membro da Dieta, embora isto não seja exigido pela Constituição (art. 68).

Dois vice-ministros auxiliam o Ministro: o vice-ministro parlamentar, que é um membro da Dieta, e o vice-ministro administrativo, que é burocrata de carreira. Embora o vice-ministro parlamentar seja mudado juntamente com o ministro no caso de uma alteração no gabinete, o vice-ministro administrativo não é afetado, não sendo um político, e é o funcionário realmente encarregado do ministério.

Os principais departamentos do Ministério incluem o seguinte:

— o Secretariado do Ministro exerce controle geral sobre o ministério como um todo;

— o Departamento de Assuntos Criminais está encarregado de assuntos criminais gerais, inclusive preparo de projetos de lei e pesquisas relativas à lei criminal;

— o Departamento de Assuntos Cíveis trata de assuntos relacionados com a lei civil;

— o Departamento de Correção trata de assuntos relacionados a prisões e prisioneiros;

— o Departamento de Reabilitação está encarregado dos condenados que foram libertados e aqueles em liberdade condicional. O departamento também pode recomendar anistia, comutação ou outras dispensas especiais mediante análise de um caso pela Comissão Nacional de Reabilitação de Criminosos. As sentenças de morte de várias pessoas foram comutadas para prisão perpétua desta forma, por motivos tais como idade avançada e claros sinais de arrependimento. A comissão consiste de cinco membros, que podem ser ou juristas ou cidadãos privados;

— o Departamento de Litígio trata de assuntos relacionados a litígio administrativo, fornecendo assistência jurídica a órgãos governamentais e representando o governo em tribunal;

— o Departamento de Liberdades Cíveis investiga queixas de violações de direitos civis e toma medidas para saná-las, embora estas medidas não tenham efeito vinculatório. Os departamentos distritais de assuntos legais e suas filiais também tratam de violação de direitos civis, mas até agora seus esforços são considerados improficuos. Alguns críticos acusam que é impróprio o Ministério da Justiça, que é um órgão regulatório, tratar de violações de direitos civis;

— o Departamento de Imigração inspeciona e distribui as pessoas entrando

ou deixando o Japão, emite vistos, e permite ou recusa entrada e saída do Japão. Os funcionários da imigração que distribuem as pessoas entrando ou saindo do Japão pelos portos de Narita, Osaka, Yokohama, Kobe e outros, estão sob o controle deste departamento. O diretor do departamento é um funcionário do Ministério das Relações Exteriores, embora os chefes de outros departamentos do Ministério da Justiça sejam geralmente promotores públicos. Este posto é ocupado por um funcionário do Ministério das Relações Exteriores porque assuntos de imigração são pertinentes a relações internacionais e, portanto, pedem ligação e coordenação com aquele ministério.

4.2 Órgão de Investigação de Segurança Pública

Este órgão controla as organizações de direita e de esquerda propensas à violência. Durante a ocupação após a 2.^a Guerra, todas as leis e regulamentos sobre organizações políticas e outras foram abolidas, sendo substituídas por uma portaria a respeito do controle de organizações. Esta portaria foi abolida quando o tratado de paz entrou em vigor em 1952, e foi substituído pela Lei de Prevenção de Atividades Subversivas, aprovada no mesmo ano. Sob esta lei, o Órgão de Investigação de Segurança Pública regula e controla organizações suspeitas de serem propensas à violência. Quando, após investigação, o órgão considera necessário regular uma organização suspeita de engajar-se em atividades subversivas, ela relata a sua recomendação à Comissão de Segurança Pública para consideração.

Esta comissão consiste de seis membros, inclusive juristas. Após ouvir a defesa da organização suspeita, a comissão chega a uma decisão, tal como ordenar a dissolução do grupo. Alguns observadores acham que este sistema é

ineficaz porque investigações e as ordens da comissão para dissolução não têm vigor vinculatório. De fato, nenhuma organização foi ordenada a dissolver-se segundo a lei, desde que ela entrou em vigor em 27.7.52.

A Lei de Prevenção de Atividades Subversivas estipula penas para aqueles que cometem o crime de agitação e assassinato para fins políticos. Tais casos são investigados pela polícia e pelos promotores públicos e processados por este último. Penas criminais têm sido passadas em uns poucos casos de agitação segundo esta lei. Em dezembro de 1961, por exemplo, o Departamento de Polícia Metropolitana descobriu um plano para assassinar o Primeiro-Ministro Hayato Ikeda, membros de seu gabinete, e outros altos funcionários do governo. Os que foram julgados foram considerados culpados do crime de agitação.

O diretor geral do Órgão de Investigação de Segurança Pública é um promotor público, e os postos-chaves no órgão são ocupados por promotores públicos e policiais.

Embora a Lei de Prevenção de Atividades Subversivas proponha-se a ser aplicada igualmente, tanto a direitistas como a esquerdistas, na realidade o controle de esquerdistas é enfatizado. Até janeiro de 1981, as seguintes organizações estiveram sujeitas a investigação por parte deste órgão: O Partido Comunista Japonês, a facção comunista afiliada do Zengakuren (Federação Nacional de Associações Estudantis Independentes), Kyoseido (Liga da Juventude Comunista), Kyopsando (Liga Comunista), Chukakuha (Facção Centrista), Kakurokyo (Conselho de Trabalhadores Revolucionários), Kakumaruha (Facção Marxista Revolucionária), Kakukyodo (Liga Revolucionária Comunista), Chongryun (Associação Geral de Residentes Coreanos no Japão), Gokokudan (Associação para a Defesa da Pátria), Aikokuto (Partido Patriótico do Grande Japá), Aikoku Seinen

Domei (Liga da Juventude Patriótica), Kokumin Doshikai (Associação de Patriotas), Nippon Domei (Liga do Japão), Kansai Gokoku Dantai (Organização Patriótica de Kansai), e Nippon Juku. As nove primeiras são organizações de esquerda, as sete últimas são organizações de direita.

5. ADVOGADOS

5.1 O sistema de ordem dos advogados

O sistema de ordem dos advogados japonês tem uma história de mais de 100 anos. Embora Nichibenrena, Federação Japonesa de Ordens de Advogados, somente tenha sido inaugurada em 1.º.9.49, no mesmo dia em que a Lei do Advogado entrou em vigor, a profissão já existira muito antes.

Os primeiros regulamentos a respeito de advogados (então chamados *menkyo daigennin*, ou procuradores licenciados) foram promulgados em 1876, quando o Japão estava começando a criar as instituições de um Estado constitucional moderno, após a Restauração Meiji. Isto marcou o início do sistema de ordem dos advogados japonês. Em 1895 entrou em vigor uma lei dos advogados, mas no conteúdo ela era bastante diferente da presente lei. Naquela época, as associações de advogados não eram organizações independentes, mas estavam sob a supervisão dos promotores chefes dos departamentos de promotores públicos, ligados aos tribunais distritais. Segundo a Constituição Meiji, centrada no Imperador, a sociedade japonesa era dominada por burocratas e o governo tinha precedência sobre o povo. Sob tais condições, os advogados não podiam praticar com liberdade. Somente com a democratização que seguiu-se a 2.ª Guerra Mundial, as associações de ordens de advogados realmente tornaram-se organizações independentes.

A atual Lei dos Advogados foi elaborada pela iniciativa dos membros da Dieta, não do gabinete, a fim de assegurar a independência dos advogados. O art. 1 desta lei estipula as funções dos advogados. O § 1 declara que a missão dos advogados é proteger os direitos humanos fundamentais e ajudar a realizar a justiça social, enquanto o § 2 declara que, de acordo com esta missão, os advogados cumprirão suas funções com boa-fé e se esforçarão para manter a ordem social e melhorar o sistema jurídico. Em resumo, seu primeiro dever é a proteção dos direitos do povo dentro da estrutura da lei, sem comprometer-se com ou submeter-se ao Estado, ou a qualquer outra forma de autoridade.

Pessoas que foram aprovadas no exame nacional da ordem dos advogados, ou que tenham ensinado direito como professores universitários ou professores adjuntos por, no mínimo, cinco anos, assim como advogados estrangeiros que tenham sido selecionados pelo Nichibenren, estão qualificados para exercer a advocacia no Japão. Promotores Públicos e Juizes aposentados também são qualificados para praticar a advocacia, tendo passado no exame nacional da ordem dos advogados. Todos os advogados devem registrar-se no Nichibenren. Somente advogados podem exercer a advocacia; qualquer outra pessoa que tenha realizado atividades jurídicas ou dado assistência legal por remuneração está sujeita a processo por violação da Lei do Advogado. Até janeiro de 1981, havia cerca de 12.000 advogados registrados no Nichibenren, um número relativamente pequeno comparado com os do Ocidente.

5.2 Associação das Ordens de Advogado

Nichibenren, com sua sede em Kasumigaseki, em Tóquio, supervisiona 52 associações locais de ordens de ad-

vogados, pelo menos uma para cada unidade de prefeitura. Todos os advogados são obrigados a registrar-se, tanto com sua competente associação local da ordem dos advogados como no Nichibenren e pagar mensalmente as taxas de associado, de Y6.000, para cada mês. A fim de manter sua independência, as associações das ordens de advogados não recebem qualquer verba do governo, mas se sustentam somente com as taxas dos associados.

O Nichibenren tem um secretariado, cujo presidente e secretário-geral são eleitos pelos membros para um período de dois anos. O presidente tem um *status* nos círculos jurídicos equivalente àquele do juiz presidente do Supremo Tribunal e do promotor geral.

A Lei dos Advogados inclui diversas cláusulas regulando a prática da advocacia, com violações sujeitas a penalidades, que variam desde o aviso até a suspensão da licença por dois anos, afastamento da ordem dos advogados, até expulsão. Todos os casos envolvendo ação disciplinar são levados à comissão disciplinar do Nichibenren. O Nichibenren também tem uma comissão de ética.

5.3 Advogados no tribunal — Julgamentos criminais

Em casos criminais, ou advogados nomeados particularmente, ou advogados nomeados pelo tribunal prestam seus serviços. Um advogado nomeado particularmente é contratado pelo suspeito ou réu, que paga os honorários do advogado. O suspeito pode contratar um advogado quando quer que ele ou ela deseje. Quando a investigação está sendo feita, as visitas aos suspeitos que estão sob reclusão física são muito restritas como norma geral, mas o Código de Processo Penal prevê o direito de entrevistas com o advogado.

Um advogado nomeado pelo Estado não pode ser contratado enquanto uma

investigação estiver sendo feita. Após indiciamento, se o acusado não pode pagar um advogado, o tribunal consultará o Nichibenren sobre a escolha de um conselho. O Estado paga a tal advogado cerca de Y20.000 (até janeiro de 1981) por cada sessão do tribunal. No entanto, os advogados nomeados pelo Estado são considerados como operando em desvantagem, pois é difícil para eles colherem provas a favor do réu após o indiciamento, e seus honorários são baixos.

5.4 Julgamentos civis

Os advogados que tratam de disputas civis de todos os tipos são conhecidos no tribunal como procuradores. Embora tanto o autor como o réu tenham permissão para defender seus casos pessoalmente, eles raramente procedem desta maneira por causa do difícil processo do tribunal, e ambas as partes geralmente contratam procuradores para representá-los no tribunal.

Como em julgamentos criminais, ambas as partes de um processo civil apresenta provas, a fim de provar seus respectivos casos. Frequentemente, ambas as partes apresentam seus pontos ao tribunal na forma de declarações escritas chamadas de documentos preparatórios, a fim de facilitar os processos, e há alguns processos orais.

5.5 Vereditos de não culpado

Um bom número de vereditos finais de não culpado têm sido dado desde que o atual Código de Processo Penal foi aprovado. Mesmo assim, o acusado foi considerado culpado em 99,7% dos casos criminais, os 0,3% restantes de vereditos de não culpados sendo devidos aos esforços dos advogados. Uma razão para a proporção extremamente elevada de condenação é que os promotores públicos somente indiciam suspeitos quando eles estão seguros de seu caso.

Do mesmo modo, é muito difícil para os advogados refutar a prova produzida pela promotoria.

Os advogados que conseguem êxito em obter julgamentos favoráveis, apesar destes fatos adversos, merecem alta estima pública.

Os casos Matsukawa, Ome e Ashibetsu, todos remontando à década de 40, são famosas vitórias de defesa. Estes casos envolveram, a destruição ou sabotagem de trens nos anos imediatos pós-guerra. Os promotores públicos prenderam e processaram um bom número de comunistas e outros durante uma intensa agitação esquerdista liderada pelo Partido Comunista do Japão. No final os acusados foram liberados. Estes casos ocorreram em uma época em que a força policial do Japão tinha se enfraquecido como resultado da adoção do sistema duplo de forças policiais locais e nacionais durante a ocupação. Por volta daquela época, muitas pessoas julgadas por roubo e assassinato também foram liberadas.

5.6 Casos de poluição

A poluição no Japão tem causado graves danos às vidas e saúde de muitas pessoas, vítimas de doenças relacionadas à poluição, tais como doença de Minamata (envenenamento por mercúrio) e doença de itai-itai (envenenamento por cádmio), resultantes da falta de tomar-se medidas de segurança apropriadas a fim de enfrentar o crescimento da indústria e o progresso da ciência e da tecnologia. As vítimas ficavam indefesas pela indiferença geral tanto do governo como das companhias envolvidas, que não tinham implementado quase nenhuma medida efetiva de alívio. Por fim, alguns advogados discutiram o problema com as vítimas e levaram seus casos ao tribunal, a fim de procurarem socorro, esclarecendo as responsabilidades legais do governo e das companhias.

Em um julgamento de poluição, que origina de uma ação civil, o autor deve provar que o dano foi causado ou intencionalmente ou através de negligência da parte do réu, a fim de obter uma sentença favorável. O autor também deve provar uma relação de causa entre o desprendimento da substância nociva e o dano sofrido. Provar tudo isto é extremamente difícil e implica em despesa considerável e um conhecimento especializado de ciência natural. Além disso, o equipamento da fábrica e os processos de produção da companhia acusada devem ser investigados, mas as companhias não permitem a estranhos realizarem investigações *in loco* por causa da necessidade de proteger segredos industriais.

Nos julgamentos de poluição, portanto, os procuradores apresentaram argumentos visando à redução do ônus de prova por parte do autor, que é exigida pelo Código de Processo Civil. Um tal argumento invocou o método epidemiológico. Epidemiologia é um método médico de elucidar causas, ou “seguir a pista do criminoso”. Em ciência pura, cada passo no processo para a determinação da causa deve ser meticulosamente comprovado. Com a abordagem epidemiológica, entretanto, a causa de envenenamento por exemplo, é investigada descobrindo-se porque o envenenamento ocorreu, qual foi a causa e quais foram os efeitos sobre as vítimas. Embora este seja um método menos rigoroso do que aqueles usados em julgamentos passados, ele ainda é um modo razoável de provar os fatos. Nos julgamentos de poluição os tribunais permitiram o uso deste método, abrindo desta forma o caminho para o socorro às vítimas. Este foi um desenvolvimento notável nos julgamentos civis japoneses.

5.7 Outras atividades — Assistência Jurídica

Os advogados, que são obrigados a ter escritórios, dão aos cidadãos assessoria

jurídica sobre transações imobiliárias, contratos, empréstimos, como tratar acidentes de tráfego, disputas familiares e problemas de companhia e trabalhistas.

5.8 Proteção de direitos humanos

O Nichibenren tem uma comissão de direitos humanos que ajuda as pessoas que apresentam queixas de pressão oficial indevida e outras infrações de seus direitos. A comissão investiga tais queixas e protesta junto aos órgãos governamentais em causa. Ela também ajuda condenados que estejam pleiteando novos julgamentos.

5.9 Honorários dos advogados

O Nichibenren estabeleceu normas a respeito dos honorários dos advogados, que diferem de acordo com a natureza dos processos legais e os danos reclamados. Geralmente o cliente paga uma taxa inicial quando o advogado assume uma causa e uma outra quando da conclusão. Em casos criminais a taxa final difere de acordo com o veredito de culpado, sentença suspensa ou inocente. Os honorários dos advogados são remuneração pelo êxito, de forma que o valor é mais alto quando o tribunal decide em favor do cliente. Além disso, os advogados cobram despesas de viagens, custos de impressão e outras despesas decorrentes do seu trabalho no caso. O honorário mínimo por simples assessoria jurídica é de cerca de Y5.000 por hora.

5.10 Má distribuição de advogados

Os advogados no Japão estão muito concentrados nas cidades. Aproximadamente metade de cerca dos 12.000 advogados têm seus escritórios em Tóquio, com Osaka em segundo lugar. Uma pesquisa feita pelo Nichibenren mostra que enquanto há um advogado para cada 2.400 cidadãos de Tóquio, no resto do

Japão, exceto em Osaka, há somente um advogado para cada 48.000 cidadãos.

A proporção de advogados em relação à população em Tóquio é quase a mesma dos países ocidentais, mas o número de advogados no resto do país é insuficiente. A razão para esta distribuição inadequada, é claro, que Tóquio é a capital e oferece muitas causas. O Nichibenren está procurando meios de retificar o desequilíbrio mas não se prevê solução alguma em um futuro próximo.

6. PROBLEMAS DA PROFISSÃO JURÍDICA

6.1 Cooperação mútua

Em uma forma ideal, o banco, a promotoria, e a ordem dos advogados deveriam cooperar para assegurar o funcionamento suave do sistema jurídico. Mas a realidade é outra.

Embora os tribunais e os promotores públicos cooperem, de maneira relativa, eles parecem antagônicos às ordens dos advogados. Tomemos o relacionamento entre o Ministério da Justiça e as ordens de advogados. O Ministério, que está preparando um novo código penal desde antes da 2.^a Guerra, finalmente revelou a revisão do seu projeto na década de 70 e preparou projeto final para apresentação à Dieta. No entanto, o Nichibenren levantou fortes objeções à minuta do código, alegando que ele refletia respeito insuficiente por direitos humanos e enfatizava penas pesadas. Embora o Ministério tenha negado a alegação e afirme que o código proposto mostra o devido respeito aos direitos humanos, o Nichibenren continua sem se convencer.

O Código Penal existente foi promulgado em 1907 e posto em vigor em 1908. Embora partes dele tenham sido alteradas, em muitos aspectos ele está desatualizado, e sua linguagem é obtusa

e difícil para os jovens de hoje em dia entenderem em uma primeira leitura. O novo código penal proposto pelo Ministério é uma fraseologia moderna. Embora o Nichibenren reconheça que a linguagem do Código Penal seja arcaica, ele se opõe a qualquer revisão básica do seu conteúdo. A conclusão desde conflito ainda está por vir.

O Nichibenren também se opõe à Lei Juvenil e à Lei de Prisão que o Ministério está preparando atualmente. Na realidade, o Nichibenren se opõe ao Ministério em quase todos os assuntos. As razões para este confronto são complexas mas têm origens basicamente na falta de confiança mútua. O Nichibenren critica o Ministério por ser controlado por burocratas, enquanto que o Ministério considera o Nichibenren ideologicamente desviado. Embora os dois tenham raramente se falado durante anos, sinais de um leve descongelamento começaram a ser vistos na última metade de 1980. Se suas relações melhorarão dependerá do fato deles continuarem nesta tentativa de diálogo ou não. Em ambos os casos, é improvável que o assunto de um código penal revisto seja solucionado em um futuro próximo.

6.2 Difícil exame da ordem nacional dos advogados

A dificuldade do exame da ordem nacional dos advogados já foi mencionada. Estudantes que querem qualificar-se para a carreira jurídica devem concentrar-se tão profundamente nos estudos jurídicos que eles tendem a negligenciar as artes liberais. Isto levou alguns observadores a expor o medo de que enquanto juristas possam ter um amplo conhecimento da lei, eles serão deficientes em tais qualidades humanas, como a compaixão. Algumas pessoas propuseram que o exame da ordem nacional dos advogados fosse alterada de tal forma a não enfatizar demasiada-

mente o conhecimento jurídico. Enquanto nenhuma alteração imediata seja provável, existem sinais de que com o tempo a situação progredirá naquela direção.

6.3 Mulheres na carreira jurídica

Apesar do forte movimento no Japão pela expansão dos direitos da mulher, a participação da mulher em todos os campos ainda é limitada, comparada com a situação nos países ocidentais. A profissão jurídica não é exceção. Até janeiro de 1981 havia cerca de 60 mulheres juízas, 60 promotoras públicas e 250 advogadas. Algumas juízas foram nomeadas presidentas de tribunal de família e juízas de tribunal superior, mas nenhuma promotora foi elevada a postos de responsabilidade.

Um motivo para a pouca representação da mulher é que elas só começaram a tomar parte nos assuntos públicos após a 2.ª Guerra Mundial porém, uma vez que um crescente número de mulheres têm passado no exame da ordem nacional dos advogados, seu papel na profissão jurídica deverá crescer.

6.4 Cooperação internacional

O Japão tem fortalecido continuamente a legislação a fim de enfrentar o aumento de crimes internacionais. O Japão é um membro da Organização Internacional de Política Criminal, e agora está trabalhando na conclusão de tratados bilaterais com diversos países, assim como no fortalecimento da legislação doméstica.

Em janeiro de 1981 o Japão tinha um tratado de extradição criminal somente com os Estados Unidos. Este tratado, celebrado em 1886, foi extensivamente revisado em março de 1978. No tratado original, a extradição aplicava-se somente a 15 crimes, tais como assassinato, roubo, incêndio criminoso e falsi-

ficação de dinheiro. O tratado revisado inclui até 47 crimes, incluindo violações da lei de câmbio estrangeiro, evasão de imposto, e contribuição políticas ilegais. Uma forte razão para a revisão foi a de facilitar a investigação e processo daqueles engajados em transações monetárias ilegais fora das fronteiras nacionais.

Na área de legislação doméstica, uma lei de extradição foi aprovada e um sistema de detenção temporária foi introduzido para permitir que suspeitos sejam extraditados para países estrangeiros, mediante pedido daqueles países e em uma base recíproca.

No passado, o Japão tentou a extradição de suspeitos dos Estados Unidos, França e Suíça. No caso de países outros que não os Estados Unidos, a extradição foi tornada possível através de negociações diplomáticas e da cooperação dos governos daqueles países.

A Lei para Assistência Internacional em Investigação entrou em vigor em 1.º.10.80. Esta lei permite às autoridades japonesas coletarem prova, interrogarem testemunhas, e por outra forma realizarem investigações dentro do Japão, mediante pedido de países estrangeiros.

O Ministério da Justiça tem um escritório para contra-medidas criminais internacionais, a fim de tratar de tais assuntos, enquanto que a Promotoria Distrital de Tóquio, que realmente assume tais investigações, tem uma biblioteca de matérias sobre crime internacional. Espera-se que estes escritórios desempenhem um papel sempre crescentemente com o passar do tempo.

O Instituto da Ásia e do Oriente para a Prevenção do Crime e Tratamento de Criminosos é um instituto de treinamento das Nações Unidas para juristas, a maioria de países asiáticos, criado em 1964 e localizado na Cidade de Fuchu, Tóquio. Neste local, promotores públicos, juízes, funcionários dos departamentos de liberdade condicional e de

correção submete-se a cerca de três meses de treinamento. É fornecida acomodação e o treinamento é feito em inglês. Os participantes vêm de muitos países, incluindo Burma, Equador, Etiópia, Hong Kong, Índia, Iraque, Malásia, Cingapura e Sri Lanka. Os sendo treinados incluem juizes do Supremo Tribunal e promotores públicos *seniors*. Até o final de 1980, um total de 1.000 pessoas de cerca de 40 países tinham recebido treinamento no instituto. Seu primeiro presidente era austra-

liano, e o segundo era de Sri Lanka. O posto foi subsequenteiramente preenchido por japoneses.

Todas as despesas, inclusive viagem de ida e volta do país de origem e moradia, despesas de viagem e de pesquisa no Japão são pagas pelo Órgão de Cooperação Internacional do Japão. O orçamento anual do instituto é de cerca de Y150 milhões, incluindo despesas com pessoal. Os treinados são selecionados pelos ministérios das relações exteriores e da justiça dos seus países.

ATUALIDADES

O DIREITO DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS FINANCEIROS*

WALDÍRIO BULGARELLI

Inicialmente, quero deixar expressos meus agradecimentos aos que promoveram este simpósio, de grande oportunidade sobretudo pelos temas que aqui estão sendo aventados e minha satisfação em partilhar da banca com o Prof. Geraldo de Camargo Vidigal. O nosso tema envolve preliminarmente uma colocação conceitual e põem-se em confronto dois regimes jurídicos próprios, um representado pela Lei 4.595/64, a Lei da Reforma Bancária, e o outro representando pelo Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/90. Ambos apresentam uma tipicidade específica dentro do ordenamento e, ao mencionar o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 3.º, § 2.º, referente a serviços de natureza bancária, financeira, crédito e securitária, põs-se em evidência o contraste dessas operações com o sistema próprio das relações de consumo.

O que leva o operador do direito a tentar ajustar os sistemas de operações bancárias ou de contratos financeiros, com o sistema do consumidor, até porque o Código de Defesa do Consumidor faz menções a cláusulas abusivas dos contratos, a contrato de adesão e à proteção contratual. Posta assim a questão devo esclarecer que como o meu tempo foi reduzido, tentarei resumir

minha exposição, sendo certo que trago não argumentos doutorais, mas problemas: é que a técnica atual tende a problematizar as questões, ajustando-se à velha lógica de Saint-Prix, revivendo a proposição de Cícero, através da máxima de que "une question bien posée est à moitié résolue".

A propósito, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor se esforçou em definir fornecedor, relações de consumo, consumidor, o que levou a doutrina a exercícios exagerados intelectivos conceituais que até lembram as críticas à Jurisprudência dos conceitos do velho Savigny, feitas sobretudo por Ihering, em que se destaca a do Céu dos Conceitos inserta na obra *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* na qual ridiculariza a exacerbação conceitual. Mas aqui, como a norma tem um destinatário certo, ocorre um conflito que a doutrina moderna já superou, propendendo ao invés para uma disciplina jurídica, daí porque alguns países não definiram o consumidor, limitando-se a norma a impor um regime jurídico envolvendo direitos, obrigações e responsabilidades.

De que se trata afinal a *atividade bancária*? Certamente, não partilho da visão derrotista que alardeava Bertolt Brecht, por exemplo, quando afirmava que "maior crime do que roubar um Banco é fundar um Banco". Não desconheço e a história nos revela amplamente, seus percalços e até perseguições sofridas pelos Banqueiros, nem suas mazelas, conforme, nos conta com o seu

* Palestra proferida no 1.º Fórum de Direito Econômico, patrocinado pelo 1.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo e o Instituto dos Advogados de São Paulo, em Salvador, em 22.4.1994.

fino espírito, John Keneth Galbraith, na memorável obra *A Era da Incerteza*; mas também não ignoro, que os Bancos e as instituições financeiras que se acresceram à atividade clássica bancária apresentam uma utilidade extraordinária. Sem dúvida, que a sociedade moderna não poderia viver sem eles.

Entretanto, os Bancos sofrem no Brasil, do que poderíamos chamar de uma deficiência conceitual. Ao se buscar um conceito de Banco vai se encontrar é a definição de Instituição Financeira do art. 17 e parágrafo da Lei 4.595/64. Entretanto, não se pode deixar de observar que o nosso tão vetusto quanto desconhecido Código Comercial, dispõe no seu art. 119 que "São considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio, as operações chamadas de Banco". Aduzindo, no art. 120, que: "As operações de Banco serão decididas e julgadas pelas regras gerais dos contratos estabelecidos neste Código, que forem aplicáveis segundo a natureza de cada uma das transações que se operarem". Surgiu, então para o intérprete, uma situação em que muitos acharam tratar-se de um círculo vicioso, a exemplo, do que já ocorrera com a definição de comerciante como aquele que pratica atos de comércio e sendo atos de comércio os praticados pelos comerciantes. Ora, não é bem assim, bastando que, como predicava a doutrina italiana clássica, se recorresse à noção de atividade comercial, neste caso, a bancária. E quanto a estas, terá sido talvez com a promulgação do Dec. 14.728/21, disciplinando um sistema de fiscalização bancária, que foram classificadas essas operações, e em consequência se pode entender como Bancos os que as praticavam. E é de não esquecer que muito embora um certo número de contratos bancários decorra apenas dos usos bancários, o próprio Código Comercial já se referia ao mútuo, à conta-corrente, em que aliás, proíbia o anatocismo, e à fiança.

Então, a busca da natureza da operação bancária revela que é mais decorrente dos usos e costumes, traduzindo-se essas práticas, em contratos, mercê da liberdade contratual. Hoje, contudo, não tão livre, porque a maior parte das atividades bancárias e das instituições financeiras se exprimem através de contratos de adesão, impressos, contratos formulários, títulos-contratos ou contratos-títulos. Não se devendo esquecer, a propósito, que independentemente das regras tradicionais do Direito das Obrigações insertas na parte geral do Código Civil a que, aliás o Código Comercial se remete, verifica-se a intervenção ativa e minuciosa do Conselho Monetário Nacional, infletindo sobre tais contratos e suas regras.

Então surge o problema maior de que estamos cuidando: como fazer o ajuste entre essas operações bancárias que naturalmente se exprimem nos contratos, alguns específicos, e as disposições do Código do Consumidor?

Para encaminhar o tema, — mais que isso o problema, — releva mencionar aqui que a última grande tentativa de se regular os contratos bancários, entre nós, envolveu o Projeto do Código Civil, 434-B/75, que aprovado pela Câmara, aguarda apreciação pelo Senado, sendo que na Câmara pôs-se de lado, a disciplina dos Contratos Bancários, excluída, portanto, do texto aprovado encaminhado ao Senado Federal.

Pode-se, assim, no pouco tempo que temos, resumir-se as operações bancárias em três termos: a captação, a guarda e a aplicação de recursos financeiros. O art. 17 da Lei 4.595/64 usa outros mas cremos representando o mesmo; coleta, intermediação, aplicação de recursos próprios ou de terceiros e custódia. É isso que as instituições financeiras, entre elas os Bancos, fazem: coleta, guarda e aplicação. Em termos de macroeconomia, trata-se de um serviço que os Bancos prestam à Sociedade, mas de maneira muito geral, e certamente, os serviços a

que se refere a norma do Código do Consumidor, são serviços estritamente considerados de natureza bancária, ao que acresce aqueles securitários e previdenciários.

Então, para responder a quais serviços bancários, estritamente, se refere o Código do Consumidor, há que se recorrer à visão da atual Teoria Geral do Direito. Predica ela, que para a busca da segurança e da certeza — e certamente, a segurança decorre da certeza — há que se ter em conta ao menos três pressupostos: sem esquecer a preliminar da exigência de uma lei bem feita; primeiro, o Juiz não pode deixar de julgar, deve pôr fim à lide. Mas também é sua obrigação resolver o conflito e, nem sempre pôr fim à lide, significa resolver o conflito.

O segundo, trata-se de uma interpretação ajustada da norma no ordenamento. Já dizia N. Bobbio, no seu último trabalho sobre o ordenamento jurídico, concluindo toda a sua teoria da norma (cf. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. Brasília, 1989) que não é por ser jurídica que está a norma no ordenamento, mas, por estar no ordenamento é que ela é jurídica. E aqui a problema se põe pois ambos os regimes jurídicos — dos Bancos e do Consumidor — coexistem no sistema, no ordenamento.

O terceiro pressuposto para certeza do direito, é o da inegabilidade dos pontos de partida, pois há de haver um sentido básico.

Diretamente, os Bancos fornecem recursos, emprestam a moeda através do contrato fundamental que já foi chamado contrato príncipe, que é o mútuo. Autores há que acham até que a essência da atividade bancária está no mútuo, de que os outros são variantes. Portanto, os Bancos possuem um produto que se chama moeda. Fornecer moeda através do crédito, entregar o dinheiro presente pelo dinheiro futuro é serviço *stricto sensu*? Parece que não, entretanto, fica aqui o problema. A finalidade dos Bancos

é intermediar o dinheiro para a produção; já o consumo é o contrário, é para um fim determinado, que alguns autores denominam destruição. O consumidor destrói o bem, porque ao consumir vai depreciando o bem. Portanto, o consumidor é o que destrói o bem, e o Banco o que fornece o dinheiro.

Avancemos mais um pouco. Se considerarmos as operações bancárias como ativas, passivas e neutras ou acessórias, quais destas vamos caracterizar como serviço ao consumidor? Observemos a propósito que o Legislador deu ampla abrangência ao Código, nele incluindo tudo o que pode pensar em defesa do consumidor. Mas por tanto querer regulamentar acabou restringindo. E onde restringiu? No círculo fechado das relações de consumo; veja-se que § 2.º do art. 3.º do CCons. ao definir serviço submete-o ao mercado de consumo; e os contratos que envolvam crédito, art. 52, por exemplo, e os contratos de adesão, art. 54, estão todos vinculados às relações de consumo.

Haverá serviços de natureza bancária prestadas ao consumidor? A pergunta se justifica, até porque não existe um só consumidor; o Código distingue o consumidor em geral, e ainda mais uns seis subtipos que relacionei para os interessados: “consumidor coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que ajam intervindo nas relações de consumo”. § 1.º do art. 52; “consumidor vulnerável, art. 4.º, I; consumidor carente”, art. 5.º, I; “consumidor vítima”, art. 17; “consumidor ameaçado”, art. 29 e por fim o “consumidor hipossuficiente”.

Sem termos uma definição precisa de Banco, conquanto a tenhamos de Instituição Financeira, e com tantos tipos de consumidor e havendo dúvidas sobre as relações de consumo, como ajustá-los?

Recorrendo à doutrina vamos encontrar algumas opiniões não exatamente concordes sobre o tema.

O Dr. Marcos Paulo de Almeida Salles inclui na noção de serviços bancá-

rios, o contrato de abertura de conta-corrente livremente movimentável por cheques, formulários cadastrais e outros serviços, como o cartão 24 horas, os cartões múltiplos, etc. (cf. *O Consumidor e o Sistema Financeiro*, S. Paulo, 1991), E, por último, e esta é uma questão que quero deixar para o final — sugere a aplicação por analogia das disposições do Código.

Já a Prof.^a Cláudia Lima Marques, do Rio Grande do Sul, acha que todos os contratos, exceto os trabalhistas, estão protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, e menciona a locação, compra e venda, depósito, abertura de conta-corrente, prestação de serviços profissionais, de empréstimo, de financiamento e de alienação fiduciária.

O Prof. Geraldo de Camargo Vidigal, na p. 28 do n. 22, dos *Cadernos IBCB*, o Instituto Brasileiro de Ciência Bancária que presta grandes serviços, publicando inclusive esse Boletim — ao bem qualificar as áreas próprias de produção e de consumo, aponta, como exemplo, apenas os serviços de cobrança de carnês de compras de bens de consumo, realizados por instituições financeiras, ou os serviços de bens de consumo, quando acessórios de relações de consumo.

Portanto, parece que estão todos de acordo num único ponto; a cobrança de carnês, do qual, aliás, peço licença para discordar, pois entendo que os Bancos não se integram às relações de consumo, podendo algumas instituições financeiras, através do crédito subordinar-se às normas de proteção ao consumidor.

Vejam os então à questão da analogia, e a pergunta que se impõe é: cabe aplicação analógica em regras restritivas. Já vimos que pelo princípio no *non liquet* accito pelo nosso sistema de processo, o Juiz é obrigado a julgar; se a lei for omissa, portanto houver lacuna ou mesmo não existir lei alguma, é obrigado a utilizar-se da analogia e dos princípios gerais do direito, excluída, entre nós, a hipótese consagrada no

Código suíço, de que o Juiz julgará como se legislador fosse. Ora, pode ele invocar, por exemplo, no plano contratual, fora das relações de consumo, normas específicas ditadas para o consumidor, principalmente, as que restringem direitos ou punem o contratante? Pode-se, pensar, a propósito, na invocação da analogia através da função social da norma a que está obrigado o Juiz a obedecer. Trata-se como se vê de questão delicada que certamente estará ligada a cada caso concreto.

Por derradeiro, algumas palavras sobre a proibição da chamada cláusula mandato, como vem sendo chamada, com base no inc. VIII, do art. 51 sobre cláusulas abusivas, cujo texto é bom analisar e que é o seguinte: “imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor”. Pretendeu-se assim que tal nulidade, pois dela se trata, alcançaria todos os tipos de contratos em todas as áreas da atividade econômica.

Ora, há aqui a observar, primeiramente, que a Lei consignou essa nulidade no âmbito das relações de consumo, o que não autoriza a sua expansão a outros setores.

Em segundo lugar, venho predicando que cláusulas há que exigindo do aderente que outorgue procuração não são naturalmente abusivas, decorrendo tão-só das características do negócio, e por isso denominei-as de instrumentais. Por ser assim, tem-se que se houver abusos — sobretudo nas cláusulas de garantia — o prevaricador será responsabilizado como, aliás, vem ocorrendo.

Trata-se de tema que mereceria ser explanado com maior tempo, que é justamente o que me falta aqui; mas deixo com os senhores mais esse problema, que juntamente com os demais que foram levantados e certamente outros que o serão nos debates, já constitui uma farta demonstração da riqueza do direito dos nossos dias.

Muito obrigado

DUPLICATA NÃO ACEITA — EXECUÇÃO — PROTESTO

MARIA DO CÉU MARQUES ROSADO

DUPLICATA NÃO ACEITA — Execução — Protesto

O ajuizamento de ação anulatória da duplicata não poderá impedir, em princípio, se instaure a execução. Hipótese em que, entretanto, dependeria essa de fazer-se o protesto, o que foi obstado.

O impedimento do protesto, por determinação cautelar, não haverá de levar à consequência de empecer a execução. Mantém-se a vedação do protesto, ressalvando-se, expressamente, seja aquela instaurada.

REsp. 27.020-4-PR — 3.ª T. — j. 7.12.93 — Rel. Min. Eduardo Ribeiro — DJU 7.2.94

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Srs. Ministros da 3.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento parcial.

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 7 de dezembro de 1993 — EDUARDO RIBEIRO, pres. e relator.

RELATÓRIO — *O Sr. Min. Eduardo Ribeiro*: Blumalhas Comercial de Malhas Ltda agravou de instrumento, visando a reformar decisão que concedeu liminar em cautelar de sustação de protesto de duplicata, ajuizada por Passeri e Companhia Ltda.

A E. 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, dando parcial provimento ao agravo, assim concluiu:

“Medida cautelar. Sustação de Protesto. Duplicata. Inadmissibilidade. Sendo inadmissível a suspensão da executibilidade de título de crédito, como medida cautelar antecedente ao ajuizamento de ação anulatória de cambial,

mantém-se a liminar que suspende o protesto do título, assegurando, porém, ao credor o exercício do direito de ação.

Agravo provido, em parte” (fls.).

Apresentado pedido de declaração, entretanto, consignou-se que a execução só poderia ser intentada após julgamento de improcedência da ação. A agravante interpôs recurso especial, afirmando haver contradição na decisão recorrida e apontando violação do art. 15, II, *a*, da Lei 5.474/68 e art. 580, parágrafo único, *c/c* o art. 585, I, ambos do CPC. Salientou que o acórdão impugnado “frustra a ação executiva de um título de crédito formalmente perfeito”. Indicou divergência.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO — *O Sr. Min. Eduardo Ribeiro*: O acórdão que julgou a apelação consignou ser inegável que, “ao suspender o protesto da cambial, o Dr. Juiz também, suspendeu a executibilidade do título”. Entretanto, observa em seguida, que, “sendo a ação principal anulatória de título, esta não impede o ajuizamento de ação condenatória, ou mesmo executiva, por parte do credor”. Prossegue citando doutrina, nesse sentido, para afinal afirmar:

“Conclui-se, pois, que o ato judicial, concessivo da liminar, nos autos de cautelar inominada, suspendeu a executibilidade do título de crédito, e violou a lei, causando lesão irreparável ao credor-agravante, na medida em que retarda a cobrança judicial das dívidas”.

Terminou por “dar provimento parcial ao recurso, a fim de assegurar à credora-agravante o direito de ação, mantendo-se, porém, a ordem de sustação do protesto do título de crédito”.

Ao apreciar embargos declaratórios, entretanto, embora rejeitando-os, o E. Colegiado acrescentou observação que, em verdade, importou dar solução ao caso que não parece coadunar-se exatamente com o anteriormente

estabelecido. É que, sem alterar a decisão na parte em que assegurou pudesse a ora recorrente valer-se de ação para cobrar o título, acrescentou tratar-se de direito "obviamente a ser exercido, após o julgamento da ação ordinária de anulação de título, mesmo porque, tratando-se de duplicata não aceita, seria inviável o ajuizamento da ação de execução, sem o protesto do título, e este somente será viabilizado se julgada improcedente a demanda principal".

Vê-se que, em realidade, o julgado implicou retirar a executibilidade do título, ainda que temporariamente. Na prática, só poderá ser exigido o pagamento, pela via executiva, se e quando julgada improcedente a ação anulatória.

Questão análoga à de que ora se cuida foi objeto de exame no julgamento do REsp 2.166. Ali também se tratava de sustação de protesto, que se impunha para que pudesse ser exercido o direito de regresso em relação ao endossante. Transcrevo trecho do voto que então proferi:

"Por outro lado, constitui regra, acolhida em nosso direito cambiário, a necessidade do protesto para exercício do direito de regresso, pelo portador, contra endossantes e seus avalistas. E a Lei de Duplicatas consagrou expressamente a exigência em seu art. 13 § 4.º."

Dentro do que foi exposto, não se poderia impedir o protesto, pois implicaria obstar o exercício do direito de regresso por parte de quem legitimamente o tem e procurou resguardá-lo, atendendo à exigência legal. Considero, entretanto, que a questão merece maior exame.

Não se ignora, por certo, que o protesto não cria direitos. Presta-se apenas para documentar solenemente a apresentação do título. Juridicamente em nada prejudica o sacado que não o aceitou. Já observava o clássico Paulo de Lacerda:

"Os sacados, na letra de câmbio à vista e de câmbio a prazo, recebem a intimação do protesto, porém nenhuma obrigação cambiária têm e continuam a não ter".

A Cambial no Direito Brasileiro, Jacinto Ribeiro dos Santos, 2.ª ed; 1913, p. 288.

Esta doutrina pode-se reputar tranqüila, não se impondo mesmo maior esforço para demonstrá-la. E assim sendo, ter-se-ia que admitir como inaceitável a sustação do protesto, nas circunstâncias. Para o sacado não podem advir prejuízos e o endossatário fica exposto a ser privado do regresso. Eunápio Borges chega a dizer não se justificar "a ligeireza com que e. juízes, a quem não faria mal a leitura do texto

simples e claro da lei, deferem constantes pedidos de notificações judiciais a bancos e oficiais de protesto para que aqueles não enviem títulos a protesto e para que estes não tirem o protesto". Chega mesmo a afirmar, em evidente demais, que o Oficial não tem o direito de cumprir ordem tão flagrantemente ilegal (*Títulos de Crédito*, Forense, 1.ª ed., pp. 113-114).

Malgrado tudo isso, não há como fechar os olhos aos fatos. Teoricamente nenhum prejuízo pode advir para o sacado, não aceitante. Já lembrava Saraiva que, "por si só, o protesto da cambial não representa um ato prejudicial ao crédito do comerciante, porque diversas podem ser as causas da recusa do aceite ou do pagamento" (*A Cambial*, Imprensa Oficial de Minas, 2.ª ed., 1918, p. 425). Entretanto, a realidade é bem outra e de nada vale insistir-se, como o faz Eunápio Borges, que se trata apenas de preconceito o "doentio pavor", quanto ao protesto, por parte de comerciantes que pagam o que não devem, assessorados por advogados bisonhos. O certo é que o protesto, ainda que despidido de consequências jurídicas para o sacado, tem devastadoras consequências práticas. Injustificadamente, embora, o certo é que seu crédito fica seriamente abalado. Não pode o julgador deixar de atentar para esse dado da vida comercial. Cumpre buscar solução.

No julgamento do RE 86.953 (RTJ 84/1.033), questão semelhante foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de duplicata com vício de origem, cujo protesto foi judicialmente obstado. Reconheceu-se a inexistência de obrigação da sacada mas garantiu-se o direito de regresso contra o emitente endossante. Parece-me que a mesma solução há de ser dada no caso em julgamento. Admite-se possa ser impedido o protesto mas ressalva-se que, isto tendo ocorrido por determinação judicial, não ficará afetado o direito de regresso contra o endossante".

Esse entendimento foi acolhido pela Turma. A E. 4.ª Turma dele não dissentiu ao apreciar o REsp 12.395, de que relator o Min. Athos Carneiro, cuja ementa contém o seguinte:

"Em princípio, cuidando-se de protesto "necessário" ao ajuizamento de ação regressiva — Lei 5.474/68, art. 13, § 4.º, estaria o portador da cambial no exercício regular de um direito. Mas como o protesto visa comprovar a negativa ao aceite, tal negativa já exsurge evidente da propositura da ação de sustação do protesto. Tal ação poderá pois, em princípio, ser julgada procedente, embora com a expressa ressalva do

eventual direito de regresso em caso de endosso por desconto bancário. Exegese teleológica da norma legal”.

Creio que a mesma solução possa dar-se na hipótese de que se cogita. Impede-se o protesto mas não se frustra a possibilidade da execução.

Conheço e dou provimento parcial ao recurso para modificar o acórdão, na parte em que só admitiu o ajuizamento da execução após o eventual julgamento de improcedência da ação em curso, para assegurar a possibilidade de que o seja, independentemente do protesto, judicialmente obstado.

CERTIDÃO — Certifico que a E. 3.^a Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento parcial.

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

O referido é verdade. Dou fé.

COMENTÁRIO

1. Muito se discutiu acerca da possibilidade de a duplicata não aceita ser título hábil para instruir o processo de execução, em face do art. 586 do CPC de 1973 que exige para caracterização do título executivo o requisito de liquidez, além da certeza e da exigibilidade.

Superada essa questão pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (v. a propósito, *RTJ* 84/149-184) e, admitida hoje, sem contestações, a força executiva desse título de crédito, tem-se outra questão polêmica a dirimir, questão essa apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, no acórdão ora comentado.

2. A Lei 5.474, de 18.7.68, que dispõe sobre as duplicatas, em seu art. 15, com a nova redação dada pela Lei 6.458, de 1.11.77, é muito clara ao dispor que a execução de duplicata não aceita somente será possível desde que esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria e que seja efetuado o respectivo protesto. Vê-se, portanto, que o protesto

de duplicata não aceita, segundo a lei, é condição *sine qua non* para caracterização desse título como executivo extrajudicial para os efeitos do art. 585, I, do CPC.

O acórdão em exame procura dar solução bastante razoável e até certo ponto inovadora a uma questão que atordoa os processualistas e, é claro, especialmente os credores de duplicatas não aceitas: que efeitos pode ter a tutela cautelar de sustação de protesto sobre os legítimos direitos do credor de proceder à execução do título de crédito. A resposta não é simples, valendo a pena examinar alguns precedentes jurisprudenciais.

3. O 1.^o TACivSP, no julgamento da ap. 340.203, originária de Bauru, por sua 2.^a Câmara, em 5.6.85, por votação unânime, em acórdão relatado pelo então Juiz Roque Komatsu, decidiu que: “a ação de sustação de protesto não impede a incontinenti propositura de execução contra o emitente e o avalista e, nessas condições, não podendo ser considerada obstáculo a tal desiderato não se erige à categoria de condição suspensiva” (*RT* 603/145).

A ementa do acórdão acima aludido parece demonstrar que o tribunal enfrentara diretamente a questão ora examinada para decidir na mesma linha da decisão do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, uma leitura acurada da íntegra da decisão, demonstra que o fator determinante para a decisão foi a desnecessidade do protesto para promover a ação de execução de nota promissória contra seus respectivos emitentes ou avalistas, daí partindo a conclusão de que “a sustação de protesto não impedia a propositura da ação de execução. Logo não pode ser considerada obstáculo (judicial) à propositura da referida ação e, portanto, a sustação não se erige à categoria de condição suspensiva”. Essa decisão, portanto, não pode ser aplicada pura e simplesmente à situação das

duplicatas sem aceite, as quais, para gozarem de força executiva, necessitam de prévio protesto.

4. Em 1989, o 1.^o TACivSP teve oportunidade de decidir expressamente em sentido diverso da decisão do Superior Tribunal de Justiça, objeto deste comentário: "se o devedor ingressa com medida cautelar e obtém a sustação do protesto de duplicata, constitui tal medida verdadeira condição suspensiva impedindo o credor de fazer valer seus direitos e promover a execução do título, que só se torna possível após o protesto do mesmo" (ap. 405.214-2-5.^a C. — j. 7.6.89 — Rel. Juiz Paulo Bonito — RT 648/114). Dessa forma, optou o julgado por respeitar o comando expresso da lei, sacrificando, assim, o credor.

5. Em 29.5.90, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão publicado na *LEX*; *JSTJ* e *TRFs* 18/165, houve por bem, na esteira de decisão semelhante proferida pelo Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 84/1033), entender que, apesar da exigência legal do protesto, em determinados casos, poderá o mesmo ser dispensado. Este acórdão de 1990 versou hipótese em que foi declarada a inexistência de relação jurídica que justificasse a emissão de título sendo, então, por consequência, dispensado o protesto (que penalizaria o sacado) para efeito do exercício do direito de regresso, pelo portador, contra endossantes e avalistas, não obstante a Lei de Duplicatas, em seu art. 13, § 4.^o consagrar expressamente a exigência do protesto.

6. No acórdão em exame procura-se enfrentar o seguinte dilema: o suposto devedor ao obter a medida cautelar de sustação de protesto — que se banalizou entre nós — poderá obter algo mais valioso, ou seja: poderá impedir o credor de dar início ao processo de execução?

Se assim for entendido, abrir-se-á a porta para que o devedor, já beneficiado pela morosidade do processo de execução, uma vez afetado por momentânea

iliquidez, consiga facilmente escapar às garras do credor: propõe demanda cautelar de sustação de protesto alegando defeito de mercadoria entregue, erro na especificação ou falta de qualidade do produto ou qualquer outro motivo e obtém com tal expediente alguns anos, já que os juízes têm o mau vício de julgar em sentença formalmente uma ação cautelar e a principal, de tal sorte que o autor vencido (devedor) interpõe um único recurso de apelação, invariavelmente recebido em ambos os efeitos — devolutivo e suspensivo — tudo em perfeita afronta ao art. 520 do CPC. Com a sustação do protesto, portanto, consegue o devedor impedir a iniciativa do credor em promover a ação de execução.

Por conta de todas essas dificuldades encontradas pelo credor é que o acórdão sob enfoque tem importância capital, pois superando a própria letra da lei, e procurando defender o direito de ação do credor — que tantas vezes parece imobilizado por força de simples liminar de sustação de protesto — o Superior Tribunal de Justiça abandona o formalismo exacerbado da lei, determinando, na prática, a dispensa do requisito específico da lei de duplicatas (protesto), quando este foi obstado por ordem judicial.

7. A propósito da questão ora discutida, vale lembrar que a tipicidade do título executivo (e, entre estes, do título de crédito) parece exigir sempre que o exequente apresente o original do documento ao propor a execução. A doutrina, porém, já se encarregou de mitigar a exigência absoluta dessa apresentação, sendo possível atualmente sustentar que o credor pode deixar de apresentar o original da cópia, desde que justifique adequadamente o motivo da sua falta (basta imaginar a hipótese de não poder o credor apresentar, em execução movida em face de avalistas de nota promissória, o original do título, juntado aos autos do processo de concordata da emitente da cópia).

Assim, a consequência dessa forma mais branda de interpretar o rigor da lei processual justificaria, portanto, a execução sem o respectivo título que se encontra retido em cartório de protestos por força de medida cautelar de sustação de protesto. Bastaria, assim, ao credor, querendo promover a demanda executiva, solicitar certidão de inteiro teor do título no cartório de protestos, demonstrando com a inicial a prova de concessão da medida cautelar (que impediu o credor, portanto, de exhibir o original da cópia), para que estejam presentes as condições necessárias ao aparelhamento da execução.

8. Abre-se, assim, nova perspectiva ao credor, que não precisa aguardar o jul-

gamento da ação cautelar (e da principal) para, somente após, executar seu crédito.

Mas, fica para reflexão uma questão: até onde está disposto o Superior Tribunal de Justiça a ousar? Isso porque, o mesmo raciocínio adotado pelo Tribunal pode ser, sem dúvida, aplicado ao pedido de falência. De fato, se o credor pretende protestar o título apenas para satisfazer a regra traçada pelo vetusto diploma de 1945 e se vê impedido por liminar em ação cautelar de sustação de protesto, as mesmas razões esboçadas no acórdão comentado poderiam servir para garantir o pedido de falência sem o protesto do título?