

# Atualidades

## O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CAPACIDADE NORMATIVA DE CONJUNTURA DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL E DO BANCO CENTRAL: O CASO DO FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITOS (FGC)<sup>1</sup>

JEAN PAUL C. VEIGA DA ROCHA

*1. Burocracia, direito e ordem democrática. 2. CMN e Bacen: um enquadramento jurídico. 3. A atuação do CMN e do Bacen. 4. O CMN e o STF: estudo do caso FGC.*

### **1. Burocracia, direito e ordem democrática**

A crescente atuação do Estado na economia, representada pelo fenômeno da “inflação normativa”, deixa perplexa a doutrina jurídica tradicional, fortemente ape-

1. Esta é uma versão revisada de trabalho apresentado no Seminário “L’État en Mutation”, realizado no âmbito do Projeto CAPES/COFECUB desenvolvido pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pela Faculdade de Direito de Montpellier, em Tiradentes (MG), de 21 a 23.10.1999. O estudo de caso discutido neste texto foi apresentado pela primeira vez em março de 1999, num texto mais amplo (“Lei, regulamentação e separação dos poderes: a capacidade normativa de conjuntura das autoridades monetárias”), no CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), quando da conclusão de meu estágio no do Programa de Formação de Quadros Profissionais. Ambos os textos foram produzidos como parte do projeto de pesquisa que desenvolve sob orientação do Prof. Eros Roberto Grau, a quem devo não somente a sugestão do tema — *A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico* —, mas também o estímulo e apoio constantes para a execução do mesmo. Sou muito grato às críticas e observações de José Arthur Giannotti, Ronaldo Porto Macedo Júnior, Argelina Figueiredo, Marcos Nobre, Inês Patrício, José Eduardo Faria, Michel Miaille, Jean-

gada a postulados do constitucionalismo clássico.

O princípio da *separação de poderes*, elevado à condição de verdadeiro mito do Estado de Direito, serve de couraça a um pensamento jurídico-político que reluta em aceitar a constitucionalidade das normas editadas por órgãos do Poder Executivo. Dentre estes, ocupam lugar especial as autoridades monetárias que, além de exercer as funções monetárias clássicas, regulam e fiscalizam o sistema financeiro. No Brasil, são elas o Conselho Monetário Nacional — CMN, e o Banco Central do Brasil — Bacen, criados no bojo do regime político autoritário instaurado em 1964.

Dotados de numerosas competências, esses órgãos governamentais editam, em

Louis Autin, Jean-Philippe Colson, Dalmo Dallari, José Reinaldo de Lima Lopes, Fernando Herren Aguillar, Laurindo Minhoto, Luís Virgílio Afonso da Silva, Otavio Yazbek, Gilberto Bercovici, Samuel Rodrigues Barbosa, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Caio Moysés de Lima. Agradeço também à FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo) pelo indispensável apoio financeiro.

curtos lapsos de tempo, um grande número de normas que regulamentam uma infinidade de transações econômicas, alterando desde a política monetária até os contratos de consórcio. Essa sua *capacidade normativa de conjuntura*,<sup>2</sup> apesar da contestação oriunda da doutrina jurídica predominante, é efetivo — os agentes econômicos e os órgãos estatais respeitam e acatam essas normas.<sup>3</sup>

Essa “inflação normativa” provocada pelo Poder Executivo termina por colocar em xeque o consagrado princípio da separação dos poderes, atribuído a Montesquieu, implicando a reformulação ou mesmo a revogação de categorias e esquemas interpretativos jurídicos basilares do Estado Democrático de Direito.

Mais que isso, o poder normativo das autoridades monetárias implica a retomada, em novos termos, do clássico debate sobre o papel da burocracia nas sociedades democráticas.

É bastante conhecida a caracterização que Max Weber fez do fenômeno burocrático moderno (distinto das burocracias antigas).<sup>4</sup> Para ele, a organização burocrática

2. Cf. Eros Roberto Grau, “Capacidade normativa de conjuntura”, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 13, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 48-50: “Desenvolve-se assim, mediante a edição de normas emanadas do Poder Executivo, seja da administração centralizada, seja de alguns de seus entes autônomos, uma dinâmica capacidade normativa, com o que se confere resposta à exigência de produção imediata de normas jurídicas, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo o tempo, a impor. A essa potestade, em função da qual tais normas são geradas dentro de um clima de dinamismo e flexibilidade adequados à realidade, é que denominamos *capacidade normativa de conjuntura*” (grifos nossos). V., tb., do mesmo autor, “Crítica da ‘separação dos poderes’: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no Direito brasileiro, as leis-medida”, in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pp. 167 a 199 (especialmente as pp. 172-173).

3. Discute-se, no plano da dogmática constitucional, se essas normas são regulamentos, ou atos infra-regulamentares, polêmica que não será tratada neste trabalho.

4. Ver Max Weber, “Burocracia”, in C. Wright Mills and Hans Gerth (org.), *Max Weber: Ensaios*

do Estado e das empresas modernas tem competências hierarquizadas determinadas por leis e regulamentos, um corpo de funcionários profissionais (cujo recrutamento e promoção na carreira dão-se segundo o mérito). As funções não se confundem com os homens, o que garante a força impessoal das organizações públicas e privadas. Trata-se, como se sabe, de mais um tipo ideal de Weber.<sup>5</sup> A burocracia, aqui, é pensada não como um tipo de governo, mas sim como um sistema de administração, e a burocratização, processo conexo ao de racionalização, desenvolvido em meio a uma luta entre inovação carismática e racionalização burocrática.<sup>6</sup> Embora a experiência alemã fosse sua referência empírica mais importante, aquele processo seria uma característica universal da sociedade moderna.<sup>7</sup>

Weber constatou a superioridade das modernas técnicas da organização burocrática em relação às formas tradicionais de organização social, o que indicava que as sociedades industriais avançadas não poderiam mais abrir mão daquelas técnicas.

Entretanto, mais do que a eficiência, foram as conseqüências políticas da expansão do poder burocrático que preocuparam Weber.<sup>8</sup> Para ele, há uma antinomia insolúvel: ao mesmo tempo em que a moderna burocracia traz eficiência, ela pode minar a sociedade liberal, destruindo as próprias premissas sociais das quais depende a conduta individual. Um dos perigos reside na tendência apresentada pela burocracia de inibir o surgimento de novas lideranças. Daí

*de Sociologia*, trad. Waltensir Dutra, Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 1982, pp. 229-282.

5. Ver Wolfgang Mommsen, “Max Weber on bureaucracy and bureaucratization: threat to liberty and instrument of creative action”, in *The Political and Social Theory of Max Weber*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989, pp. 109-120.

6. Ver Wolfgang Mommsen, *The Age of Bureaucracy*, London, Harper & Row, 1974, especialmente o capítulo V: “A liberal in despair”, pp. 95-115.

7. Cf. David Beetham, *Bureaucracy*, 2ª ed., Minneapolis, University of Minnesota Press, 1996, p. 52.

8. Ver David Beetham, ob. cit., pp. 51 e ss.

a necessidade do desenvolvimento de instituições que viabilizem o aparecimento de líderes — a democracia plebiscitária evitaria o crescimento exagerado da burocracia. O outro perigo consistiria na propagação de valores instrumentais na sociedade.

Este último aspecto é importante para que se entenda a relação entre burocratização e racionalização do direito. Foi a burocracia que estabeleceu as bases da administração de um direito racional, conceitualmente sistematizado.

A racionalização do direito deve ser vista em duas perspectivas: interna e externa.<sup>9</sup> Do ponto de vista interno, ela foi fruto principalmente do trabalho dos juristas profissionais (dos práticos, na Inglaterra, onde o Direito Romano foi barrado pelo corporativismo dos advogados ingleses; dos teóricos, nas universidades). A difusão da escrita possibilitou o registro dos antecedentes judiciais e a codificação.

Enquanto o trabalho dos juristas contribuiu para a racionalização do direito formal (ponto de vista interno), os processos econômicos e políticos contribuíram para racionalizar o direito material (perspectiva externa). Nesta tensão direito formal/direito material, o processo de burocratização

tem exercido papel fundamental, mediante a profissionalização dos operadores do direito e a concretização do valor liberal da impessoalidade do Estado.

Entretanto, o agigantamento das burocracias econômicas no século XX, especialmente das autoridades monetárias,<sup>10</sup> radicaliza essa tensão, exigindo a revisão ou mesmo a revogação de princípios e categorias jurídicas do modelo liberal de direito. Mais que isso: esse crescimento solapa o direito formal, transformando a tensão em subordinação do direito formal ao direito material.

O Estado liberal aceitou, como exceção ao princípio da legalidade, o “poder discricionário”<sup>11</sup> do Executivo, ou, melhor dizendo, a expressão da polícia administrativa<sup>12</sup> mediante atos praticados no exercício

10. O processo de criação do Banco Central Europeu, com autonomia formal determinada no próprio Tratado de Maastricht, é a demonstração contemporânea mais impressionante do agigantamento da burocracia econômica.

11. A doutrina do Direito Administrativo define o “poder discricionário” como “a faculdade concedida à Administração de apreciar o valor dos motivos e determinar o objeto do ato administrativo, quando não o preestabeleça a regra de direito positivo” (Caio Tácito, *apud* Maria Silvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991, p. 49). A discricionariedade consiste, portanto, na “margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, São Paulo, Malheiros Editores, 1992, p. 48). Essa concepção de discricionariedade, hegemônica na doutrina brasileira, é contestada no ensaio “Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade”, de Eros Roberto Grau, a partir do ataque aos chamados “conceitos jurídicos indeterminados” (in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pp. 140-166). Não vou tratar, neste trabalho, dessa divergência, preferindo ficar, ao menos provisoriamente, com a concepção da doutrina tradicional.

12. “Polícia administrativa”, na definição de Celso Antônio Bandeira da Mello (*Curso de Direito*

9. Sobre essa dupla perspectiva, ver Julien Freund, “La rationalisation du droit selon Max Weber”, *Archives de Philosophie du Droit*, v. 31, Paris, Sirey, 1981; Wolfgang Schluchter, *The Rise of Western Rationalism*, Berkeley, University of California Press, 1979, pp. 83 e ss.; José Eduardo Faria, *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica: o Direito como Instrumento de Transformação Social*, São Paulo, EDUSP, 1988, pp. 71 e ss. Não abordo, neste trabalho, as discussões sobre as diversas interpretações dos textos de Weber (Schluchter e Habermas, p. ex.). Devo ao meu colega bolsista no Programa de Formação de Quadros Profissionais do CEBRAP, Edmar Tetsuo Yuta, importantes indicações sobre Weber. Não discuto, também, neste texto, as reflexões apresentadas por Eros Roberto Grau em seu ensaio “Os modelos de direito formal e de direito moderno e a dupla desestruturação do direito”, in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pp. 64-82. Ver também, deste mesmo autor, *La Doppia Destrutturazione del Diritto*, Milano, Unicopli, 1996.

de competência discricionária.<sup>13</sup> Se a lei deveria ser um preceito genérico e abstrato, a sua execução exigiria uma concretização que seria levada a cabo mediante atos administrativos cujo mérito não poderia ser discutido pelo Poder Judiciário. O “poder discricionário” é exercido no caso concreto, segundo critérios de conveniência e oportunidade, sobre cujo conteúdo não se podem formular juízos de legalidade.<sup>14</sup>

No Estado intervencionista deste século, Executivos extremamente fortalecidos e burocracias agigantadas ampliaram assustadoramente não somente seu “poder discricionário”, mas também o *poder normativo* — no lugar do *Estado Legislativo* —, entra em cena o *Estado Administrativo*, no qual não tem mais espaço o monopólio da produção da lei — em sentido material — pelo Parlamento.

É no sistema financeiro do Estado Administrativo que o poder da burocracia se manifesta com mais veemência, principalmente se a autoridade monetária tem autonomia formal, ou seja, determinada por lei. Entretanto, mesmo quando esta inexistente, pode haver a *autonomia de fato*, já que a complexidade técnica de suas atribuições inviabiliza um controle absoluto das lideranças políticas sobre a burocracia.<sup>15</sup> A relação íntima e necessária entre o manejo dos instrumentos de política monetária e as demais políticas públicas, principalmente

a política fiscal, com conseqüências diretas nas políticas sociais, além de óbvia, resalta o caráter político da atuação da burocracia econômica.

Não se trata, porém, de mudança meramente quantitativa, mas sim qualitativa. A burocracia econômica deixa de ser mera *executora* de políticas, transformando-se oficialmente em *formuladora* das mesmas. Todavia, sua crescente importância política não vem acompanhada de mecanismos de responsabilidade (*accountability*) adequados. Uma das razões para tanto é inerente à missão da autoridade monetária: o sigilo como condição da estabilidade do sistema financeiro. A racionalidade instrumental subjugada a exigência de publicidade, princípio basilar do modelo liberal-democrático de direito.

A superação da distinção entre formulação e execução das políticas monetária/creditícia e de regulação/supervisão do sistema financeiro obriga os juristas práticos e teóricos e o Judiciário a repensar os poderes da elite da burocracia econômica.

Todavia, como este trabalho, através de um estudo de caso, pretende demonstrar a tensão entre eficiência econômica e certeza jurídica, entre governabilidade substantiva e legitimidade legal-racional,<sup>16</sup> num contexto de manutenção da estabilidade econômica a qualquer custo, em suma, *factores não-constitucionais subjacentes*<sup>17</sup>

*Administrativo*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 567), é a “atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento na supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”.

13. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso*, ob. cit., p. 566.

14. Cf. Maria Silvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991.

15. Ver David Beetham, ob. cit., p. 93.

16. Nesta perspectiva, numa análise sobre o *Plano Collor*, ver José Eduardo Faria, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

17. Ver Robert Dahl, *Um Prefácio à Teoria Democrática*, trad. Ruy Jungman, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1996 (primeira edição brasileira: 1989; primeira americana, 1956) p. 83: “Uma vez que somos educados para acreditar na necessidade de controles constitucionais recíprocos, pouca fé depositamos nos seus correspondentes sociais. Admiramos a eficácia da separação constitucional de poderes no freio às maiorias e minorias, mas frequentemente ignoramos a importância das restrições impostas pela dimensão social no particular. Ainda as-

intimidam e confundem o Poder Judiciário, que se torna ambíguo e contraditório, em meio à distorção da ordem constitucional vigente no País.

## 2. CMN e Bacen:

### *um enquadramento jurídico*

Em meio à complexidade das decisões, fórmulas e instituições que devem ser adotadas ou reformuladas, enquanto se anunciam ou prenunciam crises sistêmicas e a ruína de economias nacionais, pouco ou nenhum lugar no debate público parece estar reservado para os que não são economistas. Cientistas políticos, filósofos, sociólogos, historiadores e juristas práticos e teóricos,<sup>18</sup> atônitos, acompanham os diagnósticos e prognósticos dos teóricos da escassez.

No caso do Brasil — país em desenvolvimento e em processo de consolidação de sua ordem democrática —, o combate à inflação tem sido a tônica do debate sobre a reformulação do sistema financeiro. Planos econômicos sucessivos têm suscitado calorosos debates acerca dos limites dos poderes da elite da burocracia econômica. Passada a euforia da redemocratização, a política econômica, em sentido amplo, ou mais especificamente, as políticas fiscal,

sim, se a teoria da poliarquia é aproximadamente válida, segue-se que, na ausência de certas condições sociais prévias, nenhum arranjo constitucional pode criar uma república não-tirânica. *A história de numerosos Estados latino-americanos constitui, acho eu, evidência suficiente.* Reciprocamente, um aumento na extensão em que está presente uma das pré-condições sociais talvez seja muito mais importante no fortalecimento da democracia que qualquer dada elaboração constitucional. Estejamos preocupados com uma tirania da maioria ou da minoria, a teoria da poliarquia sugere que as primeiras e cruciais variáveis para as quais os cientistas políticos devem dirigir sua atenção são sociais e não constitucionais” (grifamos).

18. Ver Luiz Felipe de Alencastro, “Elogio do bacharelismo”, revista *Veja*, 17.2.1999, p. 16.

monetária, cambial e creditícia ocuparam o centro das atenções.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, da formulação e da execução dessas políticas estão incumbidos o CMN e o Bacen, concentrando-se, naquele primeiro, as competências normativas, e, neste último, as competências de execução e de fiscalização. É verdade que esses órgãos já existem desde o regime militar — foram criados em 1965 —, mas encontram-se agora inseridos em arranjos institucionais democráticos, sob a égide do princípio da separação de poderes.

O Quadro 1 apresenta um rol mais detalhado, porém não exaustivo, das competências das autoridades monetárias no Brasil.<sup>19</sup> O critério usado para a classificação é jurídico, priorizando a estrutura de cada norma jurídica. Como se percebe facilmente, do ponto de vista funcional encontram-se misturados os instrumentos clássicos de política monetária, de controle do crédito, de política cambial, de supervisão e regulação prudenciais, de controle do meio circulante, além de competências que permitem a criação de instrumentos de preservação da estabilidade do SFN. O critério de classificação é o seguinte:

- (a) atos normativos (= normas jurídicas, preceitos genéricos e abstratos);
- (b) atos concretos e específicos de competência discricionária;
- (c) atos concretos e específicos vinculados.

O presente trabalho tem como objeto de estudo o poder normativo das autoridades monetárias, ou sua *capacidade normativa de conjuntura*. Entretanto, um estudo dos demais poderes poderia também contribuir para a comprovação das teses aqui desenvolvidas.

19. Agradeço ao Dr. Caio Moisés de Lima pelas importantes observações que me permitiram corrigir algumas impropriedades no referido quadro.

**Quadro 1**  
**POLÍCIA ADMINISTRATIVA**

<b>Órgãos/ Competências</b>	<b>Atos normativos (capacidade normativa de conjuntura)</b>	<b>Atos concretos e específicos (competência discricionária)</b>	<b>Atos concretos e específicos (vinculados)</b>
<b>CMN</b>	<p>disciplinar o crédito em todas as suas modalidades</p> <p>fixar as diretrizes e normas da política cambial</p> <p>limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros</p> <p>determinar a percentagem máxima dos recursos que as instituições financeiras poderão emprestar a um mesmo cliente ou grupo de empresas</p> <p>expedir normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas instituições financeiras</p> <p>estipular índices e outras condições técnicas sobre encaixes, imobilizações e outras relações patrimoniais, a serem observadas pelas instituições financeiras</p> <p>delimitar o capital mínimo das instituições financeiras privadas</p> <p>estipular as reservas legais</p> <p>regulamentar as operações de redesconto e de empréstimo, efetuadas com quaisquer instituições financeiras públicas e privadas de natureza bancária</p>	<p>outorgar ao Banco Central da República do Brasil o monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos ou houver sérias razões para prever a iminência de tal situação</p> <p>autorizar o Banco Central e as instituições financeiras públicas federais a efetuar a subscrição, compra e venda de ações e outros papéis emitidos ou de responsabilidade das sociedades de economia mista e empresas do Estado</p>	<p>mediante proposta do BC, aplicar a pena de cassação de autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, nos casos de reincidência específica de infrações</p>
<b>Bacen</b>	<p>regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis</p>		<p>exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas</p>

*continua ...*

<p><b>CMN</b></p>	<p>estabelecer normas a serem observadas pelo Banco Central em suas transações com títulos públicos e de entidades de que participe o Estado</p> <p>estatuir normas para as operações das instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez</p> <p>baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive <i>swaps</i></p>		
<p><b>Bacen</b></p>	<p>exercer o controle do crédito sob todas as suas formas</p>	<p>realizar operações de desconto e empréstimo a instituições financeiras bancárias</p> <p>autorizar o funcionamento de cooperativas de crédito de qualquer tipo</p>	<p>exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem</p> <p>promover a intervenção nas instituições financeiras públicas não federais e nas privadas, ou mesmo proceder a sua liquidação extrajudicial</p> <p>exigir das instituições financeiras ou das pessoas físicas ou jurídicas, a exibição de documentos, papéis e livros de escrituração</p> <p>exigir das instituições financeiras, bem como dos corretores de fundos públicos, os dados ou informes julgados necessários para o fiel desempenho de suas atribuições</p> <p>propor ao CMN a pena de cassação de autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, nos casos de reincidência específica de infrações</p> <p>efetuar o controle dos capitais estrangeiros</p>

### 3. A atuação do CMN e do Bacen

São tantas e tão variadas as normas editadas pela burocracia econômica que se torna difícil resenhá-las. Os próximos parágrafos trazem alguns exemplos da atuação do CMN e do Bacen nos últimos anos.

Em agosto de 1994, o CMN criou novos padrões de capital e de patrimônio líquido para serem seguidos pelas instituições financeiras.<sup>20</sup> No que se refere ao patrimônio líquido, a Resolução exigiu sua compatibilidade com o grau de risco da estrutura dos ativos da instituição.<sup>21</sup> Estipulou a fórmula para a mensuração dessa compatibilidade e trouxe uma tabela de classificação dos ativos, de acordo com seu risco.<sup>22</sup> O CMN autorizou o Bacen a alterar essa tabela.<sup>23</sup> Em dezembro de 1997 o Bacen exerceu essa competência, estabelecendo que “as aplicações em títulos públicos estaduais correspondentes à dívida que tenha sido objeto de assunção e refinanciamento pela União no âmbito do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados” fossem classificados como de risco zero.

No final do mês de outubro de 1994, o CMN adotou decisões visando ao desaquecimento da economia: restrição do crédito a três meses, limitação dos consórcios de automóveis a doze meses, e proibição do financiamento pelos bancos de empresas de *factoring* e de cartões de crédito.

Em março de 1997, uma Circular do Bacen<sup>24</sup> foi editada com o objetivo de res-

tringir as importações e equilibrar a balança comercial, diminuindo consideravelmente os prazos de pagamento das importações.

Três meses depois, circulares do Bacen foram utilizadas como meio de ataque ao desemprego. Todas as medidas se referiam ao regime jurídico dos consórcios.<sup>25</sup> O prazo máximo para aquisição ou construção de imóveis residenciais passou de 100 para 180 meses; foi autorizada a criação de consórcios para a aquisição e construção de imóveis comerciais, e para a compra de pacotes turísticos (até então era permitida somente para a compra de passagens aéreas). O Bacen também promoveu a desregulamentação do setor, em relação a quaisquer tipos de bens, permitindo que os contratos privados passassem a tratar da forma de pagamento, da aplicação de multas e das condições do lance. As medidas geraram a expectativa de que as vendas de planos para a compra de bens seria da ordem de R\$ 9 bilhões em 1997, superando os R\$ 7,3 bilhões de 1996.

Os exemplos poderiam se multiplicar indefinidamente. Mediante resoluções, circulares e portarias a burocracia econômica altera a política monetária, expande ou retrai o crédito, interfere nos contratos privados (consórcios, financiamento no âmbito do mercado imobiliário, importação de bens, contratos bancários, cartões de crédito, *leasing*, *factoring*), restringe ou estimula a entrada de capital estrangeiro, manipula a concorrência no setor bancário (autorizando fusões e incorporações), impõe limites ao endividamento dos Estados e Municípios.<sup>26</sup>

Em todos esses casos, são criadas pesadas restrições a princípios jurídicos cons-

20. Resolução CMN 2.099, de 17.8.1994.

21. Anexo IV.

22. Tabela anexa ao Anexo IV. Como exemplo, os fatores de ponderação do risco de Obrigações do Tesouro Nacional, de depósitos bancários, de títulos estaduais e municipais, e de Títulos da Dívida Agrária seriam, respectivamente, de 0% (risco nulo), 20% (risco reduzido), 50% (risco reduzido), e 100% (risco normal).

23. Anexo IV, art. 2º, § 2º.

24. Circular Bacen 2.747, de 25.3.1997, editada como medida complementar à Medida Provisória 1.569, do mesmo dia. Ver também *Gazeta Mercantil*, 17.4.1997, p. A-10.

25. Ver “BC muda regra de consórcio para criar empregos”, *O Estado de S. Paulo*, 4.7.1997, p. B-1.

26. Para um levantamento e uma análise do impacto político das medidas mais importantes relativas às finanças estaduais e municipais, ver Lourdes Sola *et al.*, “Central banking, democratic governance and political authority: the case of Brazil in a comparative perspective”, *Workpaper* apresentado no 17º Congresso da Associação Internacional de Ciência Política, Seul, 17-21.8.1997.

titucionais como autonomia da vontade, liberdade contratual, propriedade privada, livre iniciativa, livre concorrência, e mesmo ao princípio federativo. Em nome da racionalidade econômica, do combate à inflação e da estabilidade do sistema bancário, todas as semanas pode-se assistir a uma avalanche de normas que, embora não sejam provenientes do Poder Legislativo, nem de quaisquer outros agentes políticos eleitos, alteram o estatuto da liberdade e da propriedade de pessoas físicas e jurídicas.

#### 4. O CMN e o STF: estudo do caso FGC

“O Supremo Tribunal Federal, instituição mais do que centenária, guarda da Constituição, não tem compromissos com projetos governamentais. Seu compromisso é com a Carta. Projetos governamentais devem ajustar-se à Constituição, não esta àqueles” (Carlos Velloso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, *Folha de São Paulo*, 3.10.1999, p. 1-6).

O CMN é um órgão colegiado composto pelo Ministro da Fazenda (presidente), o Ministro do Planejamento e o Presidente do Bacen. A Medida provisória que instituiu o Plano Real<sup>27</sup> excluiu do Conselho representantes da sociedade civil, eliminando as feições corporativistas que lhe eram atribuídas.<sup>28</sup> O objetivo deste trabalho não é traçar a evolução do órgão desde sua criação, mas sim analisar sua competência normativa (seu “poder legislativo”) no Brasil de hoje, sob a égide da Constituição de 1988. Para tanto, ele será considerado o que se tornou após o Plano Real — um órgão exclusivamente governamental, sem representantes da sociedade civil.

São poucas as vezes em que normas editadas pelo CMN são contestadas judicialmente. O caso aqui analisado diz respeito ao *Fundo Garantidor de Créditos*

(FGC), um dos instrumentos criados recentemente para a preservação da estabilidade do sistema financeiro. De forma resumida, o FGC “(...) é uma associação civil sem fins lucrativos, com prazo indeterminado de duração e constituído sob a forma de sociedade de direito privado, tendo por objetivo dar cobertura, de até R\$ 20 mil por titular, a depósitos e aplicações nas hipóteses de decretação de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição que participe do referido fundo, ou, ainda, de reconhecimento, pelo Banco Central, de estado de insolvência da instituição que, nos termos da legislação vigente, não esteja sujeita aos regimes acima mencionados. A proteção de até R\$ 20 mil foi aplicada aos depositantes de todas as instituições intervindas e liquidadas após o Plano Real (junho/94)”.<sup>29</sup>

O CMN autorizou, em agosto de 1995, a constituição de entidade privada — sem fins lucrativos — com o objetivo de administrar mecanismo de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras.<sup>30</sup>

Em novembro do mesmo ano, o CMN aprovou o estatuto e o regulamento do FGC.<sup>31</sup> São objetos da garantia os depósitos à vista, depósitos de poupança, depósitos a prazo, letras de câmbio, letras imobiliárias e letras hipotecárias.<sup>32</sup>

O Partido dos Trabalhadores (PT) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade contra as Resoluções do CMN que permitiram a criação do FGC e aprovaram seu estatuto e seu regulamento.<sup>33</sup>

29. Ver o *site* do Banco Central na Internet, [www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br).

30. Resolução CMN 2.197, de 31.8.1995.

31. Resolução CMN 2.211, de 16.11.1995. De acordo com o Estatuto do FGC, não participam do FGC as cooperativas de crédito e as seções de crédito das cooperativas (anexo I, art. 6º, parágrafo único).

32. Regulamento (Anexo II), art. 2º. O § 1º do mesmo artigo exclui da garantia os depósitos, empréstimos e quaisquer outros recursos captados ou levantados no exterior, e os créditos de titularidade de pessoas ligadas à instituição (administradores, controladores, sociedades controladas e coligadas sob controle comum).

33. ADIn 1.398-0-DF. Ver *Lex-JSTF* 218/41, fevereiro de 1997.

27. MP 542, de 30.6.1994.

28. Ver Maria Lúcia Teixeira Werneck Vianna, *A Administração do Milagre: o Conselho Monetário Nacional 1964-1974*, Petrópolis, Vozes, 1987.

O PT sustentou que o CMN desrespeitou o art. 192 (inc. VI) da Constituição e usurpou *competência exclusiva do Congresso Nacional*, pois regulou matéria que somente poderia ser objeto de *lei complementar* (inconstitucionalidade formal).<sup>34</sup>

Ainda segundo o PT, o Regulamento do FGC, em seu art. 4<sup>o</sup>, permitia que, se o patrimônio do FGC fosse insuficiente para a cobertura da garantia, pudesse ser utilizado adiantamento de recursos líquidos da Reserva Monetária, que é formada com o produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Como o IOF é imposto de competência da União, a inconstitucionalidade material do preceito estava também configurada, uma vez que a Constituição proíbe a participação de recursos da União para esses fins.<sup>35</sup>

Teriam sido violados também os arts. 167 (inc. VIII: vedação da utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos; e inc. IX: proibição da instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa) e 37 (legalidade da administração pública).

A outra inconstitucionalidade derivaria do fato de o CMN determinar a extinção do Fundo de Garantia de Depósitos e Letras Imobiliárias (FGDLI)<sup>36</sup> e da Reserva para a Promoção da Estabilidade da

Moeda e do Uso do Cheque (RECHEQUE),<sup>37</sup> ambos constituídos por recursos públicos, transferindo seu patrimônio para o novo fundo criado, o FGC, que é um fundo privado.

Em seu despacho solicitando informações ao CMN, o Ministro Celso de Mello aceitou o principal argumento da ação:

“(C)om a edição das Resoluções ora impugnadas, parece-me que se degradou para instância juridicamente inadequada o *poder de regulação* concernente à categoria temática — a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia pública e de garantir créditos, aplicações e depósitos até determinado valor — que se acha submetida, em razão de sua própria matéria, ao postulado constitucional da reserva absoluta de *lei em sentido formal*.

“O Poder Executivo não pode outorgar-se, num inaceitável processo de autoinvestidura, a pretexto de eventual omissão do Congresso Nacional no desempenho de suas funções institucionais, uma prerrogativa jurídica cuja sedes *materiae* — tendo em vista o sistema constitucional de poderes limitados vigente no Brasil — só poderia residir em atos estatais primários editados pelo Poder Legislativo.

“(…)”

“Vê-se, portanto, que o Conselho Monetário Nacional, parecendo olvidar a incontornável necessidade da submissão constitucional do tratamento jurídico de certas matérias ao exclusivo domínio normativo da lei formal, teria concretizado, com o seu comportamento institucional, uma *evidente transgressão ao princípio nuclear da separação de poderes*”<sup>38</sup> (grifos meus).

37. O RECHEQUE, criado pela Resolução CMN 1.631, de 24.8.1989, foi constituído para patrocinar a divulgação e promoção da defesa da estabilidade da moeda nacional e do uso correto do cheque e para custear despesas com a elaboração e divulgação do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos.

38. LEX-JSTF 218/41, pp. 54-55.

34. CF, art. 192: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: (...) VI — a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União”.

35. Art. 192, VI, cf. nota anterior.

36. O FGDLI, previsto no art. 17 da Lei 4.380/64, é um fundo de natureza contábil, sem personalidade jurídica, criado para garantir a integridade dos depósitos de poupança e letras imobiliárias, aplicações voltadas para o sistema financeiro da habitação.

O Ministro Francisco Rezek, Relator do processo, seguiu a mesma linha de argumentação, mas, ao votar pela concessão de medida liminar, entendeu que naquele momento o que mais importava era “a possibilidade de utilização de recursos públicos na composição de um fundo privado, criado por resolução para garantir depósitos de clientes de instituições financeiras. Os dinheiros públicos uma vez gastos serão de improvável recuperação”.<sup>39</sup> Assim, a medida liminar não abordou a questão da inconstitucionalidade formal, deixando esta para ser resolvida no julgamento definitivo da ação.

Uma vez que o próprio CMN já recuara, revogando, no dia 8.2.1996, as suas normas que permitiam o adiamento de recursos líquidos da Reserva Monetária,<sup>40</sup> o Relator entendeu que houve perda parcial do objeto da ação. A medida liminar foi concedida portanto para suspender a eficácia das normas que permitiam a utilização dos recursos do FGDLI e do RECHEQUE.<sup>41</sup>

A medida liminar foi concedida nesses termos, por unanimidade, em sessão de 13.3.1996, mas, *decorridos mais de quatro anos desde então, o mérito da ação ainda não foi julgado.*

Deve-se ressaltar um outro aspecto desse caso: o próprio fato de o STF ter considerado a possibilidade de uma resolução do CMN ser objeto de controle de constitucionalidade. Essa posição foi sintetizada pelo Ministro Celso de Mello, em seu despacho de solicitação de informações ao CMN:

“Tenho para mim, ao menos para efeito deste juízo de mera deliberação — não obstante as referências legislativas constantes do preâmbulo das Resoluções ora impugnadas (o que poderia sugerir fossem ela

deliberações de caráter *meramente regulamentar*, hipótese que *não autorizaria o ajuizamento da ação direta*) — que os atos em causa, notadamente a Resolução CMN 2.197/95, revestem-se de *conteúdo normativo*.

“É bastante expressiva, sob tal aspecto, a regra inscrita no *art. 6º da Resolução 2.197/95*, no ponto em que dispõe que o mecanismo de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras, *‘de que trata esta Resolução, funcionará enquanto não regulamentado, pelo Congresso Nacional, o art. 192 da Constituição Federal’*.

“Vê-se, portanto, que o ato em causa foi editado pelo Conselho Monetário Nacional com a evidente finalidade de suprir a exigência constitucional de lei complementar. Na realidade, essa resolução transformou-se em verdadeiro sucedâneo, constitucionalmente não autorizado, da lei complementar exigida pelo art. 192, VI, da Carta Política.

“Tratando-se de deliberação veiculadora de *prescrições gerais, abstratas e autônomas*, não há como recusar-lhe — ante esse expressivo coeficiente de generalidade abstrata (...) — o *caráter de ato normativo*, para efeito de instauração da jurisdição constitucional *in abstracto* do Supremo Tribunal Federal” (grifos meus).<sup>42</sup>

Não obstante a ênfase dada ao desrespeito ao art. 192 da Constituição, a medida liminar, como já foi visto, não abordou essa questão, e o julgamento definitivo ainda não veio. Enquanto isso, *continuam tendo eficácia resoluções do CMN que tratam de assuntos de competência exclusiva do Congresso*. A esse respeito, vale a pena transcrever o voto do Ministro Marco Aurélio:

“Senhor Presidente, creio que todos nós estamos de acordo quanto à plausibilidade jurídica do pedido, no seu todo. *Costumo dizer que as coisas se complicam sempre quando há falha em atividade desenvolvida por determinada instituição. Refi-*

39. LEX-JSTF 218/41, p. 57.

40. A Resolução CMN 2.249, de 8.2.1996, revogou as seguintes normas: Anexo I, art. 5º, § 2º, III e Anexo II, art. 4º, III da Resolução CMN 2.211/95.

41. Resolução CMN 2.197/95, art. 5º e Resolução CMN 2.211/95, Anexo II, art. 7º, *caput* e § 1º.

42. LEX-JSTF 218/41, pp. 52-53.

ro-me ao Congresso Nacional no que, passados oito anos, ainda não editou a lei complementar de que cogita o art. 192 da Carta Federal.

“(…)

“Senhor Presidente, não fosse a repercussão do deferimento de uma liminar em maior extensão, considerados principalmente os pequenos investidores, os pequenos correntistas, não teria a menor dúvida em atuar no campo pedagógico, sinalizando ao autor do ato atacado que ele também deve obediência à Lei Maior, à Constituição Federal. Sensibiliza-me, contudo, o que foi dito relativamente à necessidade de manter-se, com eficácia, parte do diploma atacado visando a proteger justamente esses pequenos investidores. Assim, projeto o exame do vício formal para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade” (grifos meus).<sup>43</sup>

Essa foi a diretriz do julgamento: não obstante o claríssimo vício de inconstitucionalidade formal, o Tribunal, diante da omissão do Legislativo, que ainda não editou a lei complementar que viabilizaria a proteção dos poupadores e investidores — garantindo a estabilidade do sistema financeiro, deveria adotar uma ética de consequência, levando em conta a “repercussão” de uma liminar mais ampla. O exame do vício formal seria portanto “projetado” para o julgamento definitivo da ação. A julgar pela demora da decisão definitiva — até hoje não foi prolatada, a impressão que se tem é de que o Supremo decidiu não decidir. Se já tivesse decidido, a anulação das resoluções do CMN que criaram o FGC significaria a extinção de um importante instrumento de garantia da estabilidade do sistema financeiro, uma vez que o Congresso ainda levará um tempo indeterminado para editar a lei complementar do SFN. O Tribunal, portanto, deferiu “o possível”,<sup>44</sup> evitando a transferência de verbas públicas

para o FGC, mas manteve o Fundo, que tem outras fontes de receita.<sup>45</sup>

O dilema entre governabilidade substantiva e legitimidade legal-racional parece traduzir a ambigüidade do STF.<sup>46</sup> Outra forma de expressar essa ambigüidade é o dilema entre decisões de bloqueio e decisões de intervenção.

Ao agir conforme a lógica do bloqueio, o Supremo segue um figurino liberal clássico, nos termos de uma visão tradicional da separação de poderes. Foi o que aconteceu com o *mandado de injunção*.<sup>47</sup> A distorção da representação política no Brasil, um dos temas mais recorrentes nos últimos anos, foi levada ao Supremo pela via de um mandado de injunção impetrado por deputados e senadores do PSDB de São Paulo, elaborado pelo Prof. Miguel Reale Jr.<sup>48</sup> A Constituição Federal prevê a elaboração de lei complementar<sup>49</sup> para a dimi-

45. Contribuições das instituições associadas, taxas de serviço decorrentes da emissão de cheques sem fundo, dentre outras — cf. Resolução CMN 2.211, Anexo II (Regulamento do FGC), art. 3º.

46. Ver José Eduardo Faria, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 22; Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, São Paulo, Ed. RT, 1994; e Rogério Bastos Arantes, *Judiciário e Política no Brasil*, São Paulo, Idesp/Sumaré/Educ/Fapesp, 1997.

47. Para uma retrospectiva da evolução do entendimento do STF a respeito do mandado de injunção, principalmente a partir do ingresso no Supremo dos Ministros Marco Aurélio Mello e Carlos Velloso, ver Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, ob. cit., pp. 120-133. Para uma crítica da confusão que se faz entre o mandado e a ação de inconstitucionalidade por omissão, que tem sido a posição do STF, ver José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, pp. 426 e ss.

48. MI 219-3.

49. “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º. O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às

43. LEX-JSTF 218/41, pp. 58-59.

44. Voto do Ministro Maurício Corrêa, p. 58.

nuição da distorção da representação. Os autores pediam ao STF, diante da omissão do Congresso, que não editara a referida lei, que o próprio Tribunal solucionasse o caso concreto, “determinando que o número de Deputados por São Paulo, tal como constaria, de forma indubitável, de lei, caso tivesse sido editada, seja de 70, para garantir prerrogativa inerente à soberania popular e à cidadania”.<sup>50</sup> O Supremo reconheceu a omissão do Congresso, mas limitou-se, em sua decisão, a “dar-lhe ciência dessa situação de mora constitucional para que supra a omissão em tempo útil”, frustrando a expectativa dos autores da ação e de todos que esperavam uma atuação mais incisiva da Corte.<sup>51</sup>

eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta deputados.”

50. Miguel Reale Jr., *Casos de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 73, apud Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, ob. cit., pp. 129-130.

51. O exercício da jurisdição constitucional na Alemanha tem sido um exemplo dinâmico de como a defesa radical dos direitos fundamentais, tão caros aos alemães, não pode ser abandonada em nome da “separação dos poderes” (ver Gilmar Ferreira Mendes, “O apelo ao legislador — *Apellentscheidung* — na praxis da Corte Constitucional Federal Alemã”, *RT — Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 1/91-114, e Jean-Claude Béguin, *Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en République Fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982). Nesse sentido, a atuação do *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Alemão, tem grande influência na “conformação da própria realidade político-social da Alemanha”. Dentre suas técnicas de decisão em matéria de controle de constitucionalidade, nenhuma é tão discutida quanto a *Apellentscheidung*, a “decisão de apelo ao legislador”, que suscita importantes questões de caráter jurídico e político. As técnicas de decisão em matéria de controle de constitucionalidade, no direito alemão, podem ser de duas espécies: declaração de inconstitucionalidade ou de rejeição de inconstitucionalidade. Aquela primeira, de acordo com a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão, pode trazer nulidade (caráter cassatório) ou não traze-la (caráter mandamental ou condenatório — é a *Unvereinbarkeitserklärung*, introduzida no direito alemão em 1970, por alteração da Lei do *Bundesverfassungsgericht*). Dentre as técnicas de decisão em matéria de controle de constitucionalidade, a decisão de apelo

Em relação às medidas provisórias aconteceu o contrário. Apesar de, em deci-

ao legislador é classificada como uma decisão de rejeição de inconstitucionalidade. Na decisão de apelo, o Tribunal reconhece a constitucionalidade de uma lei, mas dá a entender que essa constitucionalidade é precária, ou seja, a lei *ainda é constitucional*, mas está em vias de deixar de sê-lo. Essa afirmação é seguida de uma exortação ao legislador para que tome as providências necessárias para que, numa futura eventual nova ação de inconstitucionalidade com o mesmo objeto, não seja declarada a inconstitucionalidade da lei. A decisão de apelo não se confunde com a declaração de inconstitucionalidade sem cominação de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*). Em primeiro lugar, a *Unvereinbarkeitserklärung*, como já foi referido, contém uma declaração de inconstitucionalidade, enquanto a decisão de apelo configura uma peculiar decisão de rejeição de inconstitucionalidade. Em segundo lugar, a *Unvereinbarkeitserklärung* tem caráter mandamental — obriga o legislador a suprimir o estado de inconstitucionalidade, enquanto a decisão de apelo tem caráter preventivo (Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit., p. 95). É importante ressaltar que a *decisão de apelo nunca esteve prevista pela Lei do Tribunal — trata-se de construção jurisprudencial*. Não há uma sistematização das decisões de apelo. Isso se deve, em parte, a sua condição de técnica de decisão sem previsão legal, nascida da praxis do Tribunal. Num ensaio de classificação, os autores têm referido três tipos básicos: apelo ao legislador em virtude de mudança nas relações fáticas ou jurídicas; apelo em virtude de descumprimento de dever constitucional de legislar; apelo em virtude de falta de evidência de constitucionalidade. Exemplo do primeiro tipo — apelo em virtude de mudança nas relações fáticas — é dado pela decisão de 22.5.1963 do Tribunal. Apesar das grandes alterações demográficas ocorridas na Alemanha Federal no período pós-guerra, a lei eleitoral de 1961 manteve a *divisão dos distritos eleitorais* criada em 1949. O princípio da igualdade eleitoral foi utilizado como fundamento de uma ação que visou à declaração de inconstitucionalidade da lei de 1961. O Tribunal rejeitou a alegação de inconstitucionalidade, mas conclamou o legislador a tomar as medidas necessárias para reduzir a desigualdade decorrente das alterações populacionais. Menos de um ano depois da decisão, o Parlamento atendeu ao apelo — foi promulgada uma nova lei eleitoral, em 14.2.1964. O segundo tipo — apelo em virtude de descumprimento de dever constitucional de legislar — abrange uma série de inadimplementos do Legislativo, relativos a um dever de legislar decorrente: (a) de expressa exigência constitucional; (b) do chamado dever de proteção, que obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de certos valores, como a vida, a honra, sobretudo em face de agressões praticadas por

são histórica,<sup>52</sup> o STF ter suspenso a eficácia da Medida Provisória 190 (Governo Collor) — reedição da MP 189, que fora

terceiros; (c) do dever geral de adequação, que impõe ao legislador a obrigação de corrigir as consequências danosas ou perversas para os direitos fundamentais resultantes da aplicação da legislação existente. O caso referido por Gilmar Ferreira Mendes para ilustrar esse segundo tipo envolve o problema de energia nuclear. O Tribunal entendeu, em decisão de 8.8.1978, que os novos desenvolvimentos científicos obrigavam o legislador a rever sua decisão em favor do uso pacífico da energia atômica. Semelhante decisão foi adotada para o problema da poluição sonora provocada por aviões (julgado de 14.1.1981), e ao procedimento do censo (15.12.1983). O terceiro tipo de apelo, na realidade, confunde-se com o primeiro. Tanto é assim que, em sua exposição, Gilmar Ferreira Mendes repete *o exemplo do caso da lei eleitoral* — não havia, quando da elaboração da lei, evidência de sua inconstitucionalidade. A decisão do Tribunal tornaria a mácula evidente, não podendo mais o legislador alegar desconhecimento ou ignorância do estado “patológico” identificado. *Os efeitos técnico-jurídicos da decisão de apelo não estão previstos em lei*, uma vez que ele próprio é fruto de construção jurisprudencial. De acordo com a praxis do Tribunal, o apelo tem integrado os fundamentos da decisão, enquanto a parte dispositiva desta tem trazido o reconhecimento da constitucionalidade — relembre-se que a decisão de apelo é um tipo especial de decisão de rejeição de inconstitucionalidade, e não de declaração de inconstitucionalidade. Nos fundamentos da decisão pode-se ler, portanto, de modo mais ou menos ostensivo, a depender do caso, a advertência do Tribunal no sentido de que uma determinada situação não será mais aceita após certo prazo. A decisão de apelo não faz coisa julgada (*Rechtskraft*) nem tem força de lei (*Gesetzeskraft*) — o desenvolvimento posterior não é objeto do controle. Isso quer dizer que após o decurso do prazo pode-se suscitar novamente a inconstitucionalidade da lei. É importante ressaltar que o *Apellentscheidung* não cria um dever jurídico de legislar para o Legislativo, mesmo que conste da parte dispositiva da decisão. Sustentar o contrário extrapolaria a liberdade de osadia da jurisprudência do Tribunal. Após o decurso do prazo fixado pelo Tribunal para que sejam tomadas as providências cobradas do Legislativo (nem sempre há uma estipulação de prazo), se tais medidas não forem adotadas, não há um reconhecimento automático da inconstitucionalidade da lei. A decisão de apelo não é uma declaração de nulidade submetida a uma condição suspensiva. Uma nova ação deve ser proposta para se arguir a constitucionalidade da lei. Ao lado das consequências técnico-jurídicas, a prática do Tribunal consistente nas decisões de apelo tem gerado

rejeitada pelo Congresso, ele não tem considerado inconstitucional a reedição de medidas provisórias *que não foram rejeitadas pelo Legislativo*.<sup>53</sup> Essa distinção é fundamental. Como a Constituição não traz regras específicas a respeito da reedição,<sup>54</sup> coube ao STF, defensor da Constituição,

profundas reformas legislativas na Alemanha, nas mais diversas áreas (direito de família, execução penal, regime jurídico das escolas públicas, legislação eleitoral etc.). Dentre as críticas que surgiram contra essa técnica de decisão do Tribunal, destaca-se a alegação de falta de fundamento legal para ela. Além disso, estaria havendo um *desrespeito ao princípio da separação dos poderes* — a decisão de apelo seria uma maneira de compensar, mediante decisão judicial, o déficit identificado no processo legislativo, o que terminaria por demitir o Legislativo da tarefa de concretizar a Lei Fundamental. Além disso, que bola de cristal, dizem os críticos, autoriza o Tribunal a “ameaçar” o Legislativo com a profecia de que uma lei “ainda não é constitucional”, mas está em vias de sê-lo? Qual o fundamento dessa competência do Tribunal para fazer prognósticos? Os críticos do *Apellentscheidung* talvez não se tenham apercebido do seguinte: a decisão de apelo surge como a resposta prática e lógica a um tipo de problema para cuja resolução o legislador não concedeu instrumentos adequados ao Tribunal (cf. Jean-Claude Beguin, ob. cit., p. 266 e ss.). Considere-se o problema do vício constitucional que não é intrínseco ao texto da lei. Em relação a ele, duas hipóteses são possíveis: ou o vício está em vias de formação, ou já se configura. Na primeira situação, a decisão de apelo é uma mera advertência. Na segunda, porém, ela permite contornar o problema da nulidade — se o vício não era de origem, como determinar exatamente quando a lei se tornou inconstitucional? Que significado teria a expressão *ex tunc*, quanto à nulidade, nessa inusitada situação? A decisão de apelo é uma maneira de o Tribunal adiar o momento de retirar (ou de suspender sua eficácia) uma norma do ordenamento. Assim, conclui Beguin, com a técnica de “reenvio” ao legislador com diretivas, o Tribunal é dotado de um instrumento de intervenção eficaz na medida em que permite impulsionar a fase de decisão legislativa mediante a qual uma situação conforme à constituição será restabelecida nos domínios mais diversos do direito.

52. ADIn 239-7/600, *apud* Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, ob. cit., pp. 105-109.

53. ADIn 1.250-9-DF.

54. No momento em que faço a última revisão deste texto, discute-se no Congresso proposta de Emenda Constitucional que limita a reedição de medidas provisórias.

interpretar e concretizar o princípio da separação de poderes. Adotou uma posição de bloqueio, quando não permitiu a reedição de medida provisória rejeitada, mas favoreceu a intervenção do Executivo na economia, na liberdade contratual e na propriedade privada em diversos casos, ao julgar constitucional a reedição de medidas provisórias não rejeitadas — afastando, assim, a tese da “rejeição tácita”.<sup>55</sup> Os críticos da decisão alertam para o perigo de o STF ter efetivamente transferido para o Executivo o poder legislativo — basta enviar ao Congresso uma grande quantidade de medidas provisórias, inviabilizando seu exame e sua rejeição em tempo hábil, para que a reedição das mesmas não se submeta a qualquer tipo de controle parlamentar. Nem mesmo os requisitos constitucionais para a adoção da medida provisória — relevância e urgência, segundo o art. 62 — podem mais servir de freio ao Executivo, uma vez que o STF entende que a avaliação dos mesmos não é questão jurídica, mas sim política, devendo ser objeto de negociação entre Parlamento e Governo.

Quanto a este último aspecto, o STF busca evitar ou diminuir o fenômeno da ju-

55. Para uma exposição sistemática da questão das medidas provisórias, do ponto de vista do Direito Constitucional, ver Clémerson Merlin Clève, *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, São Paulo, Ed. RT, 1993, e, principalmente, do mesmo autor, *Medidas Provisórias*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1999. Para uma abordagem dos padrões de relação Executivo/Legislativo na perspectiva da Ciência Política, ver o importante trabalho de Argelina Figueiredo e Fernando Limongi, “O Congresso e as medidas provisórias: abdicação ou delegação?”, *Novos Estudos CEBRAP* 47/127-154, março 1997. Dos mesmos autores, ver os outros trabalhos publicados em *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*, Rio de Janeiro, FGV/FAPESP, 1999. De consulta obrigatória também é o trabalho de Rogério Bastos Arantes, *Judiciário e Política no Brasil*, ob. cit. Este último configura uma tentativa de análise interdisciplinar do controle de constitucionalidade exercido pelo STF. Entretanto o autor foi infeliz ao caracterizar como “administrativa” a natureza da medida provisória, reproduzindo uma equivocada doutrina jurídica (pp. 127-128).

*dicialização da política*.<sup>56</sup> A ampliação do acesso ao Judiciário, das técnicas de tutela jurisdicional (principalmente do controle de constitucionalidade) e do rol de legitimados para a proposição de ações de defesa de interesses difusos e coletivos tem transformado o Judiciário em arena de importantes disputas políticas, desde a promulgação da Constituição de 1988. Entre o jurídico e o político, uma zona cinzenta abrange questões que exigem dos juízes um posicionamento bem menos autômato do que aquele desempenhado pelo perfil de magistrado de Montesquieu.

Os exemplos poderiam se multiplicar, se fossem tomados os períodos Sarney, Collor, Itamar e Fernando Henrique, não somente em relação a medidas provisórias, mas também a respeito de várias outras questões. Em todas elas, os dilemas se repetem: garantir direitos individuais ou a eficácia da política econômica; técnica de bloqueio ou permissão de intervenção; efetivamente decidir ou abdicar da decisão em favor dos agentes políticos; manifestar-se claramente ou aguardar que o sempre referido “acúmulo de processos” crie fatos consumados e a conseqüente “perda de objeto” das ações polêmicas.

É neste contexto de judicialização da política e de politização do Judiciário, de consolidação das instituições democráticas, de instabilidade política e econômica, de intensa disputa por espaço político, de afirmação da sociedade civil, no seio de uma sociedade desigual e conflituosa, que se deve examinar o controle judicial da burocracia econômica.

Que feições podem assumir, nessa concretização da Constituição, as competências dos conselhos e agências do Executivo? Particularmente no âmbito do sis-

56. Ver Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça”; e Cristina M. M. Queiroz, *Os Actos Políticos no Estado de Direito: o Problema do controle Jurídico do Poder*, Coimbra, Almedina, 1990.

tema financeiro nacional, como a racionalidade que rege a manutenção da estabilidade do sistema condiciona as categorias e os esquemas interpretativos do Direito Público? O CMN e o Bacen estão efetivamente *legislando*? Qual a reação do Direito Público à pretensão de validade jurídica e de legitimidade das medidas econômicas?

O caso estudado mostra como um dos principais dogmas do Direito Público, a *hierarquia das normas*, foi, na prática, desrespeitado, com a decisão do STF de protelar a decisão de mérito sobre o caso FGC. Uma norma do CMN, até hoje, faz as vezes de lei complementar.

O CMN, principal representante da burocracia econômica, tem, portanto, graças à omissão do STF, que diz “não ter compromissos com projetos governamentais”, exercido uma *efetiva função legislativa*, que não poderia nem ser delegada ao Presidente da República — segundo o § 1º do art. 68 da Constituição, as matérias reservadas à lei complementar não podem ser objeto dessa delegação.

Por sua vez, a doutrina do Direito Público brasileiro tem apresentado duas reações básicas ao agigantamento dos poderes da burocracia econômica.

A primeira delas consiste em sustentar uma interpretação rígida do princípio da separação dos poderes, o que implica a inconstitucionalidade das normas editadas pela burocracia.

Ainda segundo os defensores dessa tese, haveria mais uma evidência de que a Constituição não admite o poder normativo das autoridades monetárias brasileiras. Ela surge da leitura do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): “Art. 25 Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I — ação normativa”.

O texto constitucional parece ser claro: trata-se de uma revogação explícita das leis que davam competências normativas ao CMN e ao Bacen. A *lei* (=lei em sentido formal) que seria necessária para prorrogar a vigência dessas competências só foi promulgada em junho de 1990,<sup>57</sup> portanto, depois do prazo de cento e oitenta dias.<sup>58</sup>

Do ponto de vista técnico-jurídico, não teria ocorrido a prorrogação — já que não se pode prorrogar a vigência de leis já revogadas, a lei editada em junho de 1990 estaria na verdade *criando nova delegação legislativa*, o que seria inconstitucional.

Entretanto, a questão complica-se com a constatação de que dentro do prazo de cento e oitenta dias foi editada uma medida provisória<sup>59</sup> que estipula a necessária prorrogação. Esta medida só foi aprovada pelo Congresso após o decurso do prazo. Considerando que a exigência do art. 25 do ADCT era de lei em sentido formal, a prorrogação não foi efetuada, pois a medida provisória não foi convertida em lei temporariamente.

A segunda vertente da doutrina brasileira, que poderíamos chamar de vanguardista, tenta reformular categorias e esquemas interpretativos, assumindo a premissa — realista — de que a complexidade técnica das atribuições da burocracia exige que lhe seja conferido um poder legislativo de conjuntura.<sup>60</sup>

O poder regulamentar do CMN e do Bacen deveria ser reconhecido — primeiro passo para o seu controle. A postura da doutrina tradicional, que simplesmente ignora o poder regulamentar da burocracia econômica, por considerá-lo inconstitu-

57. Lei 8.056, de 28.6.1990.

58. O prazo expirou na primeira semana de abril de 1990, seis meses após a promulgação.

59. Medida Provisória 45, de 31.3.1989.

60. Cf. Eros Roberto Grau, “Capacidade normativa de conjuntura”, ob. cit., e “Crítica da ‘separação dos poderes’: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no Direito brasileiro, as leis-medida”, ob. cit. (ver nota 15, *supra*).

cional, bloqueia o debate sobre o seu controle democrático.

Não obstante a riqueza do debate doutrinário, o que o caso estudado demonstra é que o controle judicial do poder normativo da burocracia econômica é ambíguo. Em meio às constantes ameaças de recrudescimento inflacionário e de crises bancárias, o STF vê-se obrigado a permitir a usurpação de competências do Congresso pelas autoridades monetárias. O que aumenta a ambigüidade é o fato de essa permissão não ter sido explícita. Deu-se tacitamente, com a demora para decidir.<sup>61</sup>

No capitalismo contemporâneo, principalmente em países pobres como o Brasil, a complexidade e o caráter conjuntural

do manejo dos instrumentos de política monetária/creditícia/cambial e a regulação/supervisão do sistema financeiro impedem que estas tarefas sejam executadas pelo Parlamento. Mais grave que isso — diria um democrata —, o próprio Executivo, na figura de seu líder político é incapaz de assumi-las. Desse modo, a burocracia amplia seu poder normativo.

No Brasil, a frágil democracia ainda aguarda que a Suprema Corte *decida*, explicitando, em suas razões, quando, como e por que o controle judicial das autoridades monetárias será um instrumento efetivo de *accountability*. Enquanto a decisão não vem, a burocracia econômica está, aparentemente, fora de controle.

61. Até o dia 1.8.2000, data em que fiz a última revisão deste texto, não houve julgamento do

mérito, de acordo com informações disponíveis no *site* do STF na Internet ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).