

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

MARCOS LEITE GARCIA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

CARLOS VICTOR MUZZI FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E175

Esfera pública, legitimidade e controle [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Marcos Leite Garcia, Heron José de Santana Gordilho, Carlos Victor Muzzi
Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-107-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Esfera pública. 3.
Legitimidade. 4. Controle. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom
Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O grupo de trabalho Esfera Pública, Legitimidade e Controle tem como norte as questões relacionadas com a legitimidade e o controle da atuação estatal, tendo em vista não apenas as exigências de ordem formal, próprias do Direito Administrativo do Estado Liberal, mas, especialmente, as exigências relacionadas com o (melhor) conteúdo da ação estatal.

Assim, além de abordar temas relacionados com modelos mais contemporâneos de ação do Poder Público (parcerias público-privadas, concessões especiais, parcerias voluntárias e orçamento participativo, especialmente), os trabalhos enfocam o modo de atuação estatal, não mais embasado no modelo unilateral (ato administrativo), mas em mecanismos que enfatizam a bilateralidade e o consenso entre Administração Pública e administrado.

Dáí o exame de questões relacionadas com a segurança jurídica, a convalidação de atos administrativos, a arbitragem, os acordos de leniência e outros mecanismos extrajudiciais para resolução de eventuais litígios, bem ainda com a manifestação de interesse em relação aos procedimentos licitatórios.

Todos esses temas consideram, precipuamente, a legitimidade da atuação estatal, não apenas como a procura por uma maior eficiência técnica e econômica, mas igualmente como forma de preservação e fomento da participação dos administrados, a quem se dirige, em última instância, o próprio agir estatal.

Os trabalhos apresentados, por outro lado, não perdem de vista a preocupação com o controle da atuação estatal. Contudo, não se tem como ponto central dessa preocupação a legalidade meramente formal, que em muitos casos se revela como legalidade estéril (ou legalidade pela legalidade). Em realidade, eles se voltam para o controle do conteúdo e da qualidade da ação estatal, perpassando sobre variados temas, como a definição de coeficientes de resultados nos contratos de parceria público-privada, a boa governança e o controle de gastos públicos, controle jurisdicional da atuação administrativa (contraditório tridimensional, princípio da juridicidade, prescrição intercorrente, princípio da proporcionalidade) e atuação de órgãos administrativos de controle do sistema financeiro nacional.

Noutra toada, o grupo de trabalho ainda contou com estudos de conteúdo mais teórico, que investigam os fundamentos jus-filosóficos da atuação estatal contemporânea, fazendo a conexão com lições vindas da Filosofia e da Política, com apoio em variados marcos teóricos.

Ao leitor, então, fica o convite para a atenta leitura dos trabalhos, cujo amplo espectro teórico e prático oferece um interessante panorama das preocupações mais atuais sobre a legitimidade e o controle da esfera pública estatal.

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS DO SISTEMA
FINANCEIRO NACIONAL: O CONFLITO ENTRE GOVERNABILIDADE,
EFICIÊNCIA ECONÔMICA E CERTEZA JURÍDICA**

**FEDERAL SUPREME COURT AND ATTRIBUTIONS OF THE AUTHORITIES OF
THE NATIONAL FINANCIAL SYSTEM: THE CONFLICT BETWEEN
GOVERNANCE, ECONOMIC EFFICIENCY AND LEGAL CERTAINTY**

Lílian Manoela Monteiro Cintra de Melo

Resumo

O Sistema Financeiro Nacional (SFN) e as questões de moeda e crédito são de vital importância para a coesão social brasileira e impõe especificidade técnica que siga a evolução do ambiente econômico. Diante desse contexto, o presente trabalho abordará os argumentos levantados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para aferir os critérios estabelecidos nos julgamentos no que tange às questões do desenho institucional das autoridades reguladoras do SFN, da capacidade normativa de conjuntura e da separação dos poderes no estado democrático contemporâneo. Assim, questionar-se-á que papel o STF assumiu na regulação do SFN. Além disso, que influência o STF desempenha na configuração do desenho institucional das autoridades reguladoras do SFN? Qual é a reação do STF ao agigantamento dos poderes normativos da burocracia do SFN? Como o STF processa a tensão entre a racionalidade formal e a material? Para tanto, este estudo analisou as discussões trazidas pelo STF nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) n. 1.213-2, de 1995; n. 3.289, de 2004 e n. 3.290, de 2004, referentes ao desenho institucional das autoridades reguladoras do SFN e da separação dos poderes na democracia brasileira.

Palavras-chave: Stf, Sfn, Desenho institucional, Legitimidade, Eficiência econômica, Certeza jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian National Financial System (SFN, for its acronym in Portuguese) and issues related to currency and credit are of vital importance to the social cohesion and imposes technical specificity that follows the evolution of the economic environment. This study addresses arguments raised by the Brazilian Federal Supreme Court (STF, for its acronym in Portuguese) to assess the criteria established in the judgments concerning the questions of institutional design of the regulatory authorities of SFN, the regulatory capacity and the separation of powers in the contemporary democratic state. Thus, this study inquiries what role STF has taken in the regulation of SFN. Besides that, what influence STF plays in the institutional design of SFNs authorities? What is the reaction of STF to the aggrandizement of the regulatory powers of SFNs bureaucracy? How STF handles the tension between formal rationality and material? Therefore, this study analyzed the arguments brought by

STF in the ADIs n. 1213-2 (1995), n. 3289 (2004) and n. 3290 (2004), relating to the institutional design of SFNs regulatory authorities and the separation of powers in the Brazilian democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Stf, Sfn, Institutional design, Legitimacy, Economic efficiency, Legal certainty

1. Introdução

O Sistema Financeiro Nacional (SFN) e as questões de moeda e crédito são de vital importância para a coesão social e impõe especificidade técnica que siga a evolução do ambiente econômico. Nesse contexto, a regulação do SFN costuma ser justificada por três objetivos: manutenção da estabilidade sistêmica, garantia da segurança e do bom funcionamento das instituições e a proteção do consumidor (GOODHART *et al.*, 1998). Logo, para tanto são necessários, técnicos especializados, orçamentos específicos e uma estrutura institucional complexa.

O Poder Executivo é proeminente na regulação do SFN, uma vez que, por meio dos órgãos da burocracia especializada, como o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central do Brasil (BCB), consegue alcançar maior eficiência em suas medidas. Nesse contexto, as modernas técnicas regulatórias demandam uma estrutura institucional complexa e técnicos especializados aos quais são atribuídos amplos poderes normativos (VEIGA DA ROCHA, 2010, p. 353).

Nota-se que o Poder Executivo alcança, por meio dos órgãos dessa burocracia especializada, maior grau de rapidez e especificidade nas decisões. Ao mesmo tempo, o Poder Legislativo, responsável pela elaboração das normas que inovam no mundo jurídico, tem sua atuação cada vez mais restrita nesse setor. Tais realocações normativas levantam questões relacionadas ao déficit democrático da formulação de políticas pela burocracia e do papel do direito como instrumento de controle democrático da regulação financeira.

Em nome da racionalidade econômica, uma série de normas é criada e embora não seja proveniente do Poder Legislativo, altera a liberdade e a propriedade das pessoas, visando à manutenção da estrutura de mercado. Em países como o Brasil, a democratização do acesso ao crédito e aos serviços financeiros em geral deve vir acompanhada da reflexão sobre o desenho institucional do sistema financeiro como um todo. Nota-se que a dinâmica do capitalismo exige uma atividade normativa de conjuntura, ou seja, uma forma de atuação reguladora do Estado indispensável para a preservação da estrutura do mercado financeiro. Assim, o BCB e o CMN atuam em caráter normativo da seguinte forma:

“Mediante resoluções, circulares, cartas-circulares, comunicados e portarias a burocracia econômica altera a política monetária, expande ou contrai o crédito, interfere nos contratos privados (consórcios, financiamento no âmbito do mercado

imobiliário, importações de bens, contratos bancários, cartões de crédito, *leasing*, *factoring*), restringe ou estimula a entrada de capital estrangeiro e impõe limites ao endividamento dos Estados e Municípios” (VEIGA DA ROCHA, 2004, p. 31).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) é um ator extremamente relevante na arquitetura das instituições políticas, afinal, ele é responsável pela revisão dos atos do Poder Executivo e do Congresso Nacional. Dessa forma, faz-se necessária uma reflexão sobre o funcionamento dessa instituição judiciária, que desempenha um papel importante no processo legislativo, e tem sido utilizada como um espaço de contestação por diversos atores sociais para impedir ou modificar o desenho de programas públicos, além da própria estruturação de entidades. Esse espaço institucional oferece mecanismos para que os grupos de interesse possam expressar suas preferências que, de outro modo, seja no Legislativo ou no Executivo, não teriam quaisquer instrumentos ou configuração de uma maioria.

Resta-nos, diante desse novo contexto normativo experimentado no SFN, saber qual é o papel do Poder Judiciário e como ele tem agido para resolver os eventuais conflitos. As questões sobre o desenho institucional das autoridades reguladoras do SFN têm sido levadas ao STF e possibilitam a análise da atuação deste em casos que compreendem a atividade normativa do Poder Executivo com efeitos imediatos sobre o SFN (WALD, 2007)¹.

Neste trabalho, buscar-se-á trazer os argumentos levantados pelo STF para aferir os critérios estabelecidos nos julgamentos no que tange às questões do desenho institucional das autoridades reguladoras do SFN, da capacidade normativa de conjuntura e da separação dos poderes no estado democrático contemporâneo. Assim, questionar-se-á que papel o STF assumiu na regulação do SFN. Que influência o STF desempenha na configuração do desenho institucional das autoridades reguladoras do SFN? Quais são as atribuições que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) concede ao Poder Executivo, segundo a interpretação do

¹ Dentre os casos recentemente analisados pelo SFT em matéria financeira, destacam-se os seguintes casos: ADI MC n° 4, de 1988; ADI n° 418, de 1990 (*Sociedades corretoras*); ADI n° 449, de 1996 (*Servidores do BCB I*); ADI MC n° 886, de 1993 (*UDR*); ADI MC n° 1056, de 1994 (*Servidores do BCB II*); ADI MC 1277, de 1995 (*Cooperativa de crédito*); ADI MC n° 1312, de 1995 (*Composição do CMN*); ADI MC n° 1357, de 1995 (*BRB*); ADIN MC n° 1356, de 1995 (*PROER*); ADI MC n° 1398, de 1996 (*FGC*); ADI MC n° 1715, de 1998 (*Depósito bancário*); ADI CM n° 2317, de 2000 (*Auditorias independentes*); ADI n° 2591, de 2006 (*CDC*); e ADI n° 3289 e ADI n° 3290, de 2005 (*Presidente do BCB*). Para um estudo detalhado sobre as ADI ver DURAN-FERREIRA, Camila. *O STF e a construção institucional das autoridades reguladoras do financeiro: um estudo de caso das ADIns*. Rev. Direito GV, Vol.5, N.1.São Paulo, 2009.

STF? Qual é a reação do STF ao agigantamento dos poderes normativos da burocracia do SFN? Como o STF processa a tensão entre a racionalidade formal e a material?

Todas essas demandas relacionadas à atual situação levantam questionamentos sobre a validade jurídica e a legitimidade democrática das medidas tomadas pelo CMN e BCB, ou seja, sobre o enfrentamento entre a racionalidade formal e a material que assume a feição de um contraponto entre governabilidade substantiva e legitimidade legal-racional (FARIA, 2013, p. 14).

Esses conflitos estiveram presentes na arena de discussão do STF em diversas situações. Assim, neste estudo, buscou-se analisar as discussões trazidas pelo STF nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) n. 1.213-2, de 1995; n. 3.289, de 2004 e n. 3.290, de 2004, referentes ao desenho institucional das autoridades reguladoras do SFN e da separação dos poderes na democracia brasileira.

2. Método de pesquisa e delimitação do escopo do estudo

É importante destacar que a opção por um estudo qualitativo de decisões do STF tem suas circunscrições, sem que essas diminuam a importância desse tipo de abordagem. De acordo com a crítica traçada por Jean-Paul Veiga da Rocha (2010, pp. 354-364), toda pesquisa qualitativa de jurisprudência constitucional no Brasil está exposta a algumas limitações, dentre as quais merecem destaque: (i) a quantidade de demandas julgadas e pendente de julgamento perante o STF²; (ii) ausência de vinculação do precedente, semelhante ao “*stare decisis*” do Direito Anglo-saxônico, e de mecanismos de triagem dos casos mais relevantes e de desestímulo a recursos procrastinatórios antes da “Reforma do Judiciário” (cf. Emenda Constitucional n. 45 de 2004); (iii) a alternância de regimes democráticos e autoritários na evolução constitucional brasileira e a carência de linearidade da jurisprudência constitucional nacional; (iv) as estratégias informais de decisão do STF por meio do adiamento de decisões finais de mérito até que a situação se acomode de fato e a ação perca o objeto; e (v) a disfuncionalidade da metodologia de decisão do STF, sem que haja sistematicidade que garanta uma integração rigorosa aos precedentes e princípios, ou seja, os votos

² De acordo com a base de dados do STF, o STF decidiu, em 2008, 951 demandas (dentre elas, decisões em recurso interno, decisões finais, decisões interlocutórias, decisões liminares, decisões de repercussão geral e decisões de sobrestamento); em 2009, 663 demandas; em 2010, 1.075 demandas; em 2011, 2011 demandas; em 2012, 413 demandas; e até novembro de 2013, 1.280 demandas. Disponível em <http://noticias.r7.com/retrospectiva-2013/numero-de-decisoes-do-plenario-do-stf-despenca-durante-mensa-lao-08122013>. Último acesso em 10.12.2013.

usualmente não buscam um consenso, ou um paralelo de abordagem que facilite o cruzamento de opiniões³.

No âmbito da forma, este estudo foca no controle de constitucionalidade concentrado e, em específico, no estudo das ADIs, ou seja, da fiscalização abstrata do STF exercida diretamente sobre atos normativos emanados pelos poderes políticos, sem um caso concreto subjacente à análise. Essa abordagem foi escolhida, principalmente em razão do efeito vinculante e da extensão da decisão de uma ADI (não estão restritas às partes processuais e têm efeito vinculante frente aos demais órgãos). Além disso, a ADI exige decisão diretamente do STF, é um controle constitucional que dispensa percorrer todas as instâncias do Poder Judiciário, e que ainda provoca repercussão e visibilidade da decisão.

É necessário destacar, ainda, que a escolha dos casos deste estudo não privilegiou os considerados “*leading cases*”, mas decisões que são importantes, pois tiveram grande impacto e tratam de questões importantes, mal resolvidas e discutem situações paradigmáticas que dificilmente serão desconsideradas no posteriormente. No âmbito material, definiram-se casos em que as questões do desenho institucional das autoridades reguladoras do SFN, capacidade normativa de conjuntura e da separação dos poderes na democracia brasileira foram considerados.

3. O desenho institucional das autoridades reguladoras do SFN no Brasil

As crises econômico-financeiras têm desafiado diversos governos, e por sua intensidade ameaçam se transformar em crises sociais em escala indesejável (FARIA, 2012). De tal modo, as circunstâncias conjunturais demandam medidas em curto prazo que não se coadunam com a estrutura decisória estabelecida aprioristicamente pelo direito, que não é construído com a um momento específico e excepcional.

³ Nesse sentido: “(...) *esses problemas revelam-se não somente obstáculos para a compreensão da atuação do STF, mas dificuldades que se põem para que o próprio tribunal consolide sua jurisprudência. Não são somente quebras-cabeças metodológicos, mas também desafios para a democracia brasileira*”. Cf. VEIGA DA ROCHA, Jean Paul C. *Moeda, direito e sociedade: regulação financeira e constituição*. Revista da EMARF, Cadernos temáticos, Rio de Janeiro. P. 353-387. Dez. 2010 p. 354.

Portanto, alterações relevantes nas condições de desenvolvimento de uma sociedade podem transformar os instrumentos jurídicos estabelecidos com o intuito de certeza em obstáculos à superação da situação de crise vivenciada. O Brasil, no final do século XX, no contexto de redemocratização do País, enfrentou hiperinflação, acompanhada pela desestabilização do padrão monetário, das finanças públicas e do setor produtivo, de modo que ambiente não favorecia o nascimento de um padrão decisório democrático no governo brasileiro e a fixação de um plano de desenvolvimento econômico sólido, já que a preservação da governabilidade demandou medidas céleres, drásticas e a curto prazo (PEREIRA JÚNIOR, 2008, p. 521).

A capacidade normativa de conjuntura dos órgãos do SFN é impulsionada pela profusão de normas jurídicas sem as quais o mercado se desestruturaria e o Estado não terá como intervir no domínio econômico também para perseguir as outras finalidades que não a mera preservação do sistema econômico. Em outras palavras, a atuação de caráter conjuntural estrutural desses órgãos é na verdade uma forma de atuação reguladora do Estado indispensável para a preservação da estrutura do mercado.

Nesse período a oposição entre governabilidade e legitimidade legal-racional das decisões e medidas adotadas pelas autoridades estatais brasileiras para a regulação do Sistema Financeiro Nacional culminou em conflitos que foram parar no STF. Nesse contexto, a CRFB de 1988 representava o surgimento de uma nova ordem jurídica, que deveria garantir a transição para a democracia e consolidá-la, estabelecendo as regras do jogo democrático e garantindo o império da legalidade. Entretanto, em pouco tempo de vida a nova CRFB foi colocada à prova.

Assim, diante do déficit democrático da formulação de políticas pela burocracia, o controle constitucional⁴ garante a legitimidade democrática. A ideia de estabilização pode ser entendida em dois sentidos: de um lado, pode-se pensar na Constituição como um pêndulo que, por impedir transformações rápidas, promove previsibilidade e planejamento de longo prazo. Nesta perspectiva, não importa o que a Constituição é, mas sim que é relativamente fixa e imutável. Por outro lado, pode-se pensar a Constituição como um instrumento para a autoproteção ou auto-

⁴ Para Elster constituição significa um grupo de leis que tratam de materiais mais fundamentais do que as leis ordinárias e são mais difíceis de mudar do que leis ordinárias. Os obstáculos para a mudança constitucional podem assumir a forma de atrasos obrigatórios, ou requerer uma maioria qualificada, ou uma combinação ou troca dentre esses dois.

vinculação que impede a maioria de sucumbir a paixões repentinas ou interesses de curto prazo (ELSTER, 1994, p. 68).

Este estudo busca traçar os elementos usados pelo STF em suas decisões para definir limites o exercício da capacidade normativa de conjuntura pela burocracia que regula o SFN no tocante às questões do desenho institucional das autoridades reguladoras do SFN e da separação dos poderes no estado democrático contemporâneo.

3. Estudo de casos: ADI n. 1.213-2, ADI n. 3.289 e ADI n. 3.290

3.1. ADI n. 1.213-2 (Composição do CMN)

A Lei n. 9.069, resultante da aprovação no Congresso Nacional da Medida Provisória n. 542 de 1994 e de suas sucessivas reedições, instituiu em 29 de junho de 1995 o Plano Real. Logo em seguida, em 4 de julho do mesmo ano foi impetrada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) a ADI n. 1.213 concernente aos artigos 8º, 9º, 10º e 11º da nova lei e sua alegada contrariedade ao artigo 192, *caput* da CRFB que dispõe sobre a necessidade de lei complementar para matérias relacionadas ao SFN.

Os dispositivos impugnados versavam sobre a composição do CMN, a criação da Comissão Técnica da Moeda e do Crédito (COMOC) e de diversas comissões consultivas integradas ao CMN. O CMN foi criado e disciplinado pela Lei n. 4.595 de 1964, oportunidade na qual sua composição foi determinada da seguinte forma: o Ministro da Fazenda presidia o Conselho e participavam como membros o Presidente do Banco do Brasil, o Presidente do BNDES e outros sete membros indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.

Posteriormente, a Lei n. 9.069 de 1995 reduziu a composição do CMN para três membros, dentre estes, o Ministro da Fazenda (mantida sua função de presidente), o Ministro do Planejamento e o Presidente do BCB. Essas alterações fizeram parte do processo político de centralização do

poder monetário dos órgãos do SFN que ocorreu no Plano Real⁵ (cf. Exposição de Motivos Interministerial n. 205/MF/SEPLAN/MJ/MTB/MPS/MS/SAF)⁶.

CMN – Composição e participação pública		
Período	Antes do Plano Real	Após o Plano Real
Composição	Ministro da Fazenda (Presidente), Presidente do Banco do Brasil, Presidente do BNDES e 7 membros nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.	Ministro da Fazenda (Presidente), Ministro do Planejamento e Presidente do BCB.
Processo decisório	Deliberação por maioria de votos, quórum exigido de 6 membros e Presidente tem voto de qualidade.	Deliberação por maioria de votos e em caso de urgência e relevância, o Presidente pode deliberar <i>ad referendum</i> do Conselho.
Participação possível, sem direito de voto	Ministro da Indústria e do Comércio e Ministro do Planejamento	Ministro de Estado e Representante de entidades públicas e privadas podem ser convidados.
Previsão legal de procedimentos de participação pública (consultas e audiências públicas)	Não há.	Não há.
Fonte: VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul. <i>Moeda, Direito e Sociedade: regulação financeira e constituição</i> , 2010. pp.378-379.		

A petição do PT que iniciou a ADI n. 1.312 classificou a Lei n. 9.069 de 1995 como *autoritária*, já que a estrutura por ela proposta para o CMN afastara da discussão sobre as políticas monetárias os setores expressivos da esfera econômica, dentre os quais os trabalhadores, as instituições financeiras e órgãos do executivo de potencial controle social; ou seja, o PT defende

⁵ Para uma análise mais detalhada no âmbito das ciências políticas. Vide SOLA, Lourdes e KUGELMAS, Eduardo. *Crafting economic stabilization: political discretion and technical innovation in the implementation of the Real Plan*. In SOLA, Lourdes e WHITEHEAD, Laurence. *Statecrafting Monetary Authority. Democracy and Financial Order in Brazil*, pp. 85-115. 2006

⁶ A Exposição de Motivos que acompanhou a edição da Medida Provisória n. 542 de 1994 ressalta a importância da autonomia da autoridade monetária: “ *A desejável autonomia da Autoridade Monetária, tanto no que se refere às questões políticas como àquelas provindas do Sistema Financeiro, impõe uma mudança na composição do Conselho Monetário, buscando recuperar a orientação original da Lei n. 4.595 e adaptar-se a padrões adotados internacionalmente, acolhidos os aspectos institucionais da realidade brasileira. (...) A inclusão de representantes do setor privado distorce o caráter de instituição pública do Conselho, pois envolve partes interessadas em decisões onde deve prevalecer o interesse público e o compromisso com a estabilidade da moeda*”.

que haveria descumprimento do artigo 192 da CRFB, o qual determina que o SFN promova o desenvolvimento equilibrado e sirva ao interesse coletivo do Brasil, diante do déficit democrático no CMN. A argumentação prossegue, questionando diretamente a questão do controle democrático do órgão burocrático:

“(...) atenta contra o interesse público que decisões de enorme importância para o conjunto da sociedade sejam adotadas e implementadas sem o necessário controle social e transparência, em virtude da alegada necessidade de autonomia da autoridade monetária” (Petição inicial, p. 8).

Em 19 de outubro de 1995, o pedido cautelar para suspensão da vigência e eficácia dos artigos impugnados foi analisado *ad referendum* pelo Presidente do STF, à época o Ministro Sepúlveda Pertence, que negou provimento tendo em vista a ausência do requisito de conveniência e de urgência no pedido, já que os dispositivos estavam vigentes desde a primeira edição da Medida Provisória n. 542 de 1994. Além disso, o Presidente do STF argumentou que embora o CMN integre o SFN e deva, por consequência ser disciplinado por lei complementar, não haveria evidência suficiente para concessão do pedido, uma vez que o artigo 192 da CRFB permitiria o entendimento do SFN como um complexo de órgãos e normas que disciplinam a atividade financeira, nos termos da Lei n. 4.595 de 1964.

Adicionalmente, o Presidente do STF justificou o não provimento do pedido cautelar tendo em vista que as disposições do artigo 192 da CRFB deveriam ser interpretadas em face da competência da lei ordinária e do decreto presidencial (*cf.* artigos 48, XI e 84, VI da CRFB) no tocante à estrutura dos órgãos da administração pública, o que não excluiria o questionamento sobre a abrangência do CMN no artigo 192, inciso IV da CRFB quando se trata de *“instituições financeiras públicas”*, já que neste mesmo inciso se referiu expressamente ao BCB, diferenciando-o das demais instituições financeiras públicas. Nesse sentido, afirmou que a aprovação pelo Congresso Nacional conferiu a legitimação necessária, sem que se possa acobertar que houve ausência de controle social.

O STF, por votação unânime, em 19 de outubro de 1995 referendou o despacho do Presidente pelo não provimento ao pedido cautelar⁷, de modo que, nessa ocasião, privilegiou-se a

⁷ Ementa de julgamento da ADI n.1.312: *Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Argüição de inconstitucionalidade dos arts. 8., 9., 10 e 11 da Lei 9069, de 29.6.95, decorrente da Medida Provisória 542, de 30.06.94 que instituiu o Plano Real. - Relevância jurídica do pedido que, no entanto, não tem a intensidade que se faz*

gestão tecnocrática da moeda e do crédito em detrimento da transparência e da participação democrática no processo de reestruturação do CMN. Percebe-se que frente ao conflito entre racionalidade lógico-formal e a governabilidade do SFN, o STF decidiu se limitar à análise dos requisitos formais da Lei n. 9.069 de 1995 sem se contrapor as políticas do Poder Executivo. Depreende-se que, nesta oportunidade, o STF enfrentou a tensão entre legitimidade democrática e eficiência burocrática ainda que de forma provisória⁸.

Por fim, o STF decidiu que houve perda do objeto da ADI 1.312 e consequente extinção do processo tendo em vista a Emenda Constitucional n. 40 que suprimiu algumas disposições do artigo 192 da CRFB. É importante destacar que o pedido do PT não se limitou à análise do artigo 192, inciso IV, como analisado no voto do relator, mas versava sobre o *caput* deste artigo, o qual mesmo depois da comentada Emenda Constitucional continuou exigindo que o SFN fosse regulamentado por lei complementar, argumento que não foi enfrentado pelo STF na ocasião da extinção do processo.

Em conclusão, percebe-se que o presente caso revela o problema do déficit democrático da seguinte forma: “*a gestão tecnocrática da moeda e do crédito não se abre à participação democrática, com a justificativa de que essa abertura seria contrária ao interesse público*” (VEIGA DA ROCHA, 2010, p. 381). Esse argumento justifica que o déficit democrático da regulação financeira é de forma paradoxal um requisito essencial para que a burocracia reguladora tenha um exercício democrático.

Outro importante elemento presente na decisão da ADI n. 1.312 está relacionado à reflexão sobre papel que o STF tem no controle de atos dos demais Poderes que restringem a

mister para a concessão dessa medida excepcional que e a liminar em ação direta de inconstitucionalidade. - Não-ocorrência do "periculum in mora" ou do requisito da conveniência. Referenda-se o despacho que indeferiu a medida liminar.”

⁸ Dessa forma, o STF pareceu contradizer o julgamento da ADI nº 4 já analisada, pois naquela ação a corte ressaltou a necessidade de que uma Lei Complementar regulasse todo o Sistema Financeiro, como determinava seu *caput*, lembrando não ser exaustivo seu rol de incisos. Naquele caso, a necessidade de evitar a aplicação da taxa de juros de 12% ao ano foi determinante para que a corte vinculasse todo ato de regulação do Sistema Financeiro à lei complementar, que deveria dispor sobre todas as matérias concernentes a esse setor. Assim, na ADI nº 4, a confirmação da decisão do Poder Executivo se deu por meio de uma argumentação de caráter formal, que imprimiu a lógica da reserva de lei complementar à regulamentação do Sistema Financeiro. Para um estudo detalhado ver PEREIRA JÚNIOR, Ademir Antonio. Legitimidade e governabilidade na regulação do sistema financeiro. Revista Direito GV, São Paulo, pp. 517-538, Jul-Dez 2008.

participação democrática na burocracia reguladora do SFN. Primeiramente, no tocante ao posicionamento em relação ao artigo 192 da CRFB, nota-se que em nome da não intervenção nos processos decisórios da burocracia da moeda e do crédito o STF deixa a coerência de lado. Além disso, não há cuidado em se desenvolver critérios materiais de controle de constitucionalidade em razão de mudanças institucionais que limitem a participação democrática em processos decisórios. Percebe-se que na decisão deste caso, o STF fez prevalecer a eficiência da burocracia financeira, diante da tensão entre esta e a legitimidade democrática, de modo que ingenuamente atribuiu ao Poder Legislativo a resolução desta tensão, ou seja, adotou a regra da maioria como critério legitimador, desconsiderando as demandas das minorias contra o abuso de poder do governo. Além disso, o STF desconsiderou a possibilidade de criação de um *status* jurisprudencial para a solução do conflito entre a governabilidade substantiva e legitimidade legal-racional, ao final decidindo “não decidir”.

3.2. ADIs n. 3.289 e n. 3.290 (*Status do Presidente do BCB*)

A Medida Provisória n. 207, de 13 de agosto de 2004, editada pelo então Presidente Luís Inácio Lula da Silva, e convertida pelo Congresso Nacional na Lei 11.036 de 2004, equiparou o cargo de natureza especial do Presidente do BCB ao de Ministro de Estado, alterando as disposições da Lei n. 10.693 de 2003 e da Lei n. 9.650 de 1998. Assim, o BCB, autarquia federal de acordo com artigo 8º da Lei n. 4.595 de 1964, passaria a ser presidido por um Ministro de Estado⁹.

A Exposição de Motivos n. 102 de 1002/MF referente à mencionada Medida Provisória destaca:

“No atual contexto de globalização da economia, com a participação cada vez mais efetiva da autoridade monetária do País no cenário nacional e internacional, o cargo de Presidente do Banco Central do Brasil assume, cada vez mais, relevância estratégica, tanto no cenário político quanto no plano institucional, em razão da complexidade e da relevância dos fatos da vida

⁹ Importante ressaltar que nessa época Henrique Meirelles, então Presidente do BCB, foi acusado de crimes de evasão de divisas e crime contra o sistema financeiro, de acordo com o relatório de Antero Paes de Barros. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2005/04/06/meirelles-devera-falar-sobre-acusacao-de-evasao-de-divisa>. Acesso em 05/12/2013.

econômica. (...) sugere a necessidade de conferir-lhe a condição de Ministros de Estado.”¹⁰

O Partido da Frente Liberal (PFL) e o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) impugnam, em 18 de agosto de 2004, a Medida Provisória n. 207 na íntegra, e em especial atenção, o artigo 2º, constituindo a ADI n. 3.289 e ADI n. 3.290, respectivamente. Tendo em vista a semelhança de conteúdo das ações e o seu julgamento conjunto pelo STF, será desenvolvida neste estudo uma análise conjunta dos argumentos trazidos pelos partidos políticos nas petições iniciais e pelo STF no julgamento em questão.

Os partidos políticos (PFL e PSDB), em apertada sínteses, alegaram que houve ruptura do liame hierárquico entre o BCB e o Ministério da Fazenda, afastando a subordinação daquele à orientação, coordenação e supervisão deste e que o BCB foi convertido em *lato sensu* em Ministério. Além disso, argumentou que houve violação do artigo 192 da CRFB, pois a organização e a administração do BCB mantêm-se sujeitas no campo material ao SFN reservado à lei complementar.

Adicionalmente, o PFL e o PSDB alegaram que houve violação dos artigos 53, inciso III, alínea *d* e 84, incisos I e IX da CRFB ao excluir da competência do Senado Federal a competência de aprovação do indicado ao cargo de Presidente do BCB, já que os Ministros são livremente nomeados pelo Presidente da República, assim, a Medida Provisória além de ferir a separação dos poderes, reveste-se como verdadeira Emenda Constitucional, pois revoga dispositivo constitucional ao lhe negar eficácia. E ainda, que a utilização de Medida Provisória para dispor sobre matéria de Direito Processual violou o artigo 62, § 1º, inciso I, alínea *b* da CRFB. Por fim, os partidos defenderam que não houve alteração fática que pudesse representar urgência e relevância de elevar o presente de uma autarquia ao *status* de Ministro de Estado por meio de Medida Provisória, culminando na violação ao artigo 62, *caput* da CRFB.

A despeito do pedido de medida cautelar, o Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes adotou o rito previsto no artigo 12 da Lei n. 9.869 de 1999, submetendo os processos diretamente

¹⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Exm/EM-102-MF-04.htm, Acesso em 01/12/2013.

ao Tribunal, o qual detém a faculdade de julgar definitivamente a ação após a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente¹¹.

Em 22 de dezembro de 2004, a Medida Provisória n. 207 foi convertida em Lei n. 11.036 pelo Congresso Nacional, oportunidade na qual foi adicionado o dispositivo que versava sobre a extensão da competência especial por prerrogativa de função de Ministro de Estado aos ex-presidentes do BCB, no tocante aos atos administrativos praticados no exercício de suas funções. Diante de tal inclusão, os Requerentes procederam ao devido aditamento das petições iniciais, permitindo o prosseguimento do curso regular dos processos.

A Sessão Plenária de Julgamento das ações ocorreu em 5 de maio de 2005 e o STF, por maioria¹², julgou integralmente improcedente as ações, vencidos na totalidade os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio, Carlos Veloso e Sepúlveda Pertence¹³, e, em parte o Ministro Celso de Mello, que somente julgou procedente a ação em relação ao artigo 2º, parágrafo único da Lei n. 11.036 de 2004 (referente à inclusão feita pelo Congresso Nacional). O Relator buscou demonstrar a necessidade de foro privilegiado para dar uma perspectiva de estabilidade à instituição, evitar contestação de medidas importantes por agentes políticos em diferentes instâncias do Poder

¹¹ Artigo 12 da Lei n. 9.868 de 1999: “*Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação*”.

¹² O voto do Relator foi aceito e subscrito pelos Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Pelluso, Nelson Jobim e pela Ministra Ellen Gracie.

¹³ Ementa de julgamento das ADIs n. 3.289 e n. 3.290: “*Ação direta de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004 (convertida na Lei nº 11.036/2004), que alterou disposições das Leis nº 10.683/03 e Lei nº 9.650/98, para equiparar o cargo de natureza especial de Presidente do Banco Central ao cargo de Ministro de Estado. 2. Prerrogativa de foro para o Presidente do Banco Central. 3. Ofensa aos arts. 2º, 52, III, “d”, 62, §1º, I, “b”, §9º, 69 e 192, todos da Constituição Federal. 4. Natureza política da função de Presidente do Banco Central que autoriza a transferência de competência. 5. Sistemas republicanos comparados possuem regulamentação equivalente para preservar garantias de independência e imparcialidade. 6. Inexistência, no texto constitucional de 1988, de argumento normativo contrário à regulamentação infraconstitucional impugnada. 7. Não caracterização de modelo linear ou simétrico de competências por prerrogativa de foro e ausência de proibição de sua extensão a Presidente e ex-Presidentes de Banco Central. 8. Sistemas singulares criados com o objetivo de garantir independência para cargos importantes da República: Advogado-Geral da União; Comandantes das Forças Armadas; Chefes de Missões Diplomáticas. 9. Não-violação do princípio da separação de poderes, inclusive por causa da participação do Senado Federal na aprovação dos indicados ao cargo de Presidente e Diretores do Banco Central (art. 52, III, “d”, da CF/88). 10. Prerrogativa de foro como reforço à independência das funções de poder na República adotada por razões de política constitucional. 11. Situação em que se justifica a diferenciação de tratamento entre agentes políticos em virtude do interesse público evidente. 12. Garantia da prerrogativa de foro que se coaduna com a sociedade hipercomplexa e pluralista, a qual não admite um código unitarizante dos vários sistemas sociais. 13. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”*

Judiciário e dar ao STF o foro privilegiado desse controle no centro do funcionamento do sistema de justiça.

O Relator afastou o argumento de que os requisitos de relevância e de urgência para edição de Medida Provisória não foram respeitados, pois, naquele momento, a relevância da função exercida pelo Presidente do BCB não resultou do casuísmo, mas de uma necessidade institucional, de modo que é preciso conceder a prerrogativa de foro para proteger a instituição, o que não configuraria um privilégio. Nesse sentido, o Relator justifica:

“Não me parece difícil justificar a relevância e urgência de uma medida provisória que resulta na garantia de prerrogativa de foro para o Presidente do Banco Central quando a mesma prerrogativa é conferida para qualquer Ministro de Estado. E sabemos que há ministérios com um papel político que, a despeito de sua importância, não se equiparam ao Banco Central” (Voto do Relator. ADI n. 3289, p. 20).

Além disso, o Relator negou que a norma afastaria o BCB da subordinação ao Ministério da Fazenda, pois as competências de ambos se manteriam inalteradas e protegidas por disciplina constitucional; defende, assim, que há, na verdade uma relação de superposição legalmente prevista. O Ministro Joaquim Barbosa que votou no mesmo sentido do Relator afirma que há, na verdade uma relação de vinculação entre o BCB e o Ministério da Fazenda, o que significa uma supervisão pelo órgão da Administração Direta do cumprimento das metas pelo outro órgão, sem que haja, portanto, relação hierárquica. Logo, ainda que a medida crie certa incongruência na composição da Administração Federal, não era inconstitucional.

No tocante à alegação de que houve violação dos artigos 53, inciso III, alínea *d* e 84, incisos I e IX da CRFB ao excluir da competência do Senado Federal a competência de aprovação do indicado ao cargo de Presidente do BCB, o Relator afirmou que a competência do Senado Federal continua existindo de modo que o Presidente do BCB constituiria um Ministro de Estado com procedimento de nomeação específico, condição semelhante ao Advogado-Geral da União, aos Comandantes das Forças Armadas e aos Chefes de Missões Diplomáticas.

Novamente, o STF se deparou com a tensão existente entre a lógica formal imposta pelo artigo 192 da CRFB e as políticas desenvolvidas pelo Poder Executivo a despeito de determinadas formalidades. É importante destacar que nessa ocasião, em função das modificações trazidas pela Emenda Constitucional n. 40, os Ministros encontram mais facilidade para enfrentar a questão, já

que o inciso IV que exigia expressamente lei complementar para regulamentação do BCB não existia mais. Dessa maneira, a discussão deveria se ater ao conteúdo do *caput* do dispositivo constitucional mencionado, o qual mantinha a necessidade de lei complementar para a regulamentação do SFN. O Relator sobre essa questão afirmou que “*o ato impugnado dispõe sobre relativa à organização administrativa. Tanto é assim que a jurisprudência desta Corte (...) tem admitido a criação de cargos de Ministro de Estado por medida provisória*” (Voto do Relator. ADI n. 3289, p. 32).

Adicionalmente, há no voto do Relator referência à necessidade de um sistema legal de proteção às autoridades que possuem o dever de fiscalizar o SFN, disposição que encontra previsão no direito internacional. Tal disposição está prevista nos chamados “Princípios Essenciais da Basiléia” ou “Princípios Essenciais para uma Supervisão Bancária Eficaz”, aplicáveis ao Brasil, já que este é membro associado ao Convênio Constitutivo do Banco de Compensações Internacionais (Decreto-Legislativo nº 15 de 1997 e Decreto nº 3.941 de 2001). Em consequência, é evidente que há um compromisso internacional do Brasil em relação aos princípios fundamentais que regem o Banco de Compensações Internacionais. Outro aspecto que pode se inferir dos Princípios da Basiléia é que a chamada prerrogativa de foro pode ser considerada, em verdade, como um *minus* em relação ao regime de proteção recomendado por aquele ato internacional, que fala em regime de não imputabilidade pessoal e institucional¹⁴.

Percebe-se que há uma subversão na lógica do voto do Relator, que antes exaltou o papel do Presidente do BCB e a necessidade de livrá-lo de pressões externas para que se viabilizem suas funções no SFN, e que passa a tratar a Medida Provisória n. 207 como mera questão administrativa, sem que se alcance a estrutura do SFN¹⁵. Portanto, o Relator qualificou como “*pueril*” o argumento

¹⁴ Princípio n. 1 da Basiléia: “*Um sistema eficaz de supervisão bancária terá claramente definidas as responsabilidades e os objetivos de cada agência envolvida na supervisão de organizações bancárias. Cada uma dessas agências deve ter independência operacional e recursos adequados. Um ordenamento legal apropriado à supervisão bancária também é necessário, incluindo dispositivos relacionados com as autorizações às organizações bancárias e sua supervisão contínua; poderes voltados para a verificação de conformidade legal, bem como para interesses de segurança e solidez; e proteção legal para os supervisores*”. Dentre os objetivos do Princípio n. 1 está a proteção (normalmente definida em lei) contra a imputabilidade pessoal e institucional nas ações de supervisão realizadas de boa fé, no cumprimento das responsabilidades inerentes à função.

¹⁵ Nessa oportunidade, o Relator cita o precedente da ADI n. 449 de 1996, referente aos servidores do BCB, no qual o STF definiu que o BCB como autarquia com personalidade jurídica de Direito Público, prestadora de serviço público na qual todos os seus servidores devem ser submetidos ao regime único, estatutário e não celetistas; é a natureza jurídica do BCB que determina o regime de seu quadro pessoal, logo, seria inconstitucional artigo de lei ordinária que exclui os funcionários do BCB do regime estatutário.

que ressaltava a necessidade de lei complementar para regular a questão por não tratar da regulamentação do SFN, contudo, todo o seu voto fundamentou-se nas consequências desta medida nas atividades do Presidente do BCB e sua atuação quanto à regulamentação e fiscalização do SFN.

Apesar de serem votos divergentes do entendimento do Relator e dos demais ministros que o seguiram, é importante trazer a discussão trazida pelos Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence no sentido da inconstitucionalidade da norma analisada. O Ministro Carlos Ayres Britto diverge do Relator, justificando com fundamento nos artigos 50, § 1º, 87, parágrafo único, e 90, § 1º da CRFB que para o Presidente do BCB seja elevado à condição de Ministro é preciso que o BCB seja elevado também à condição de Ministério¹⁶.

Outra discussão foi trazida pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto pelo provimento do pedido do PFL e do PSDB, no qual esclarece que o objetivo da Medida Provisória n. 207 estava relacionado à preservação do SFN por meio da concentração de ações movidas contra o Presidente do BCB no STF, portanto, houve tentativa de legislar matéria de Direito Processual por meio de medida provisória. Vê-se que houve enfrentamento direto no Voto do Ministro do conflito entre a racionalidade lógico-formal e a eficiência burocrática, o qual privilegiou o argumento lógico¹⁷.

O Ministro Sepúlveda Pertence também declarou inconstitucional a Medida Provisória analisada, pois a CRFB disciplinou diferentemente o *status* de Ministro de Estado e o de Presidente do BCB. Nesse sentido, o artigo 84 da CRFB, ao estabelecer as competências privativas do Presidente da República, trata no inciso I dos requisitos para a nomeação dos Ministros de Estado, e diferentemente no inciso XIV trata a mesma questão no tocante ao Presidente do BCB, exigindo para a nomeação deste a aprovação do Senado Federal conforme artigo 52, inciso III, alínea *d* da

¹⁶ Nesse sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto afirma: “(...) se Ministro, o Presidente do Banco Central passa a ser, como poderá continuar a sê-lo sem que o Banco Central seja elevado à condição de Ministério? Como esse Ministro – agente Ministro, mas o órgão que não é Ministério – passa a se submeter à coordenação, supervisão e orientação de um Ministério? Em suma, numa linguagem bem coloquial, entendo que, na matéria, o kit tem de ser completo: Presidente do Banco Central elevado à condição de Ministro e o Banco Central elevado à condição de Ministério para a Constituição ser respeitada” (ADI n. 3289, p. 50).

¹⁷ O Ministro Marco Aurélio afirma no sentido de que: “Nesse contexto, o empréstimo da condição de ministro ao Presidente do Banco Central surge conflitante com a Carta da República, flexibilizando-a, no que elastece a competência do Supremo Tribunal Federal. Dela discrepa quanto a uma nova óptica do que se passa a entender como ministro de Estado, contrariando-se o princípio lógico do terceiro excluído: ou bem se tem o cargo de presidente de uma autarquia, a integrar – repito – a administração indireta federal, ou bem se verifica a ocupação de cargo de ministro de Estado, ficando o titular submetido diretamente, como auxiliar, ao presidente da República” (ADI n. 3289, p. 67).

CRFB. Portanto, diante da presença normativa distinta, os cargos são diversos e inconfundíveis. Ainda, ressalta a hipótese de que a Medida Provisória tratou de matéria essencialmente processual.

Além disso, o Ministro Carlos Velloso concluiu em seu voto pela inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 207, diante da ausência dos requisitos da urgência e relevância, da necessidade de lei complementar para regulamentar a matéria e da violação ao artigo 84, inciso I da CRFB que não impõe condicionante à nomeação de Ministro pelo Presidente da República. No tocante à discussão referente ao artigo 192 da CRFB, o Ministro Carlos Velloso se utiliza da Exposição de Motivos da Medida Provisória em questão para demonstrar que a pauta de decisões do Presidente do BCB compreende a formulação de política monetária do País e a intervenção no SFN¹⁸.

Cumprir observar que a discussão referente ao artigo 192 da CFRB foi apreciada em sede primária apenas pelo Ministro Carlos Velloso, de modo que nos outros votos a questão foi tratada subsidiariamente. Por fim, o STF, por maioria, julgou integralmente improcedente as ações com o apertado placar de 6 contra 4 votos.

Nesse contexto, cabe-se questionar se a Emenda Constitucional n. 40 teria contribuído para redução do ônus argumentativo do STF? Em face das decisões já analisadas o STF desenvolveu estratégias de julgamento que viabilizassem a concretização das decisões do executivo perante ele questionadas em face das disposições do artigo 192 da CRFB e das decorrentes alegações de inconstitucionalidade formal. Assim, pode-se notar que o a alteração no artigo 192 da CRFB reduziu a dificuldade em se confirmar uma decisão do Executivo com impactos sobre regulação financeira, o que se evidencia na atuação do STF, que continuou a utilizar argumentos como a relevância e complexidade do SFN para não frear a atuação do Poder Executivo, entretanto, agora desincumbido do árduo ônus argumentativo que representava esse artigo.

Percebe-se que na decisão das ADIs n. 3.289 e n. 3.290, o STF privilegiou a burocracia financeira, diante da tensão entre esta, a legitimidade democrática e o controle constitucional. Em nome das garantias de independência e imparcialidade do Presidente do BCB, bem como para o fomento um ambiente de eficiência técnica, o STF desconsiderou o vício formal do descumprimento do artigo 192 da CRFB, mais uma vez decidindo garantir a governabilidade do

¹⁸ Nessa ocasião o Ministro Carlos Velloso afirma “o Presidente do Banco Central é o próprio Sistema Financeiro Nacional”.

SFN frente à legitimidade legal-racional. Como contraponto, nesses casos, o STF deixou de lado a fórmula de decidir “não decidir” em julgamento final e se pronunciou sobre a matéria, sem nem mesmo precisar analisar o pedido cautelar.

Por fim, há quem sugira que diante das decisões proferidas pelos STF no âmbito da regulação do SFN, há uma tendência de reestruturação do BCB, para eventual concessão de autonomia ao seu presidente e diretores, seja feita por lei complementar com pedido de urgência, se o momento político o exigir (DURAN-FERREIRA, 2009, p. 88)¹⁹.

4. Considerações finais

Procurou-se apresentar o tratamento do STF no que concerne às questões do desenho institucional das autoridades reguladoras do SFN, capacidade normativa de conjuntura e da separação dos poderes no estado democrático contemporâneo.

Na discussão constitucional a cerca da composição do CMN, em medida cautelar, o STF alegou que não havia como inferir a inconstitucionalidade ou não da modificação da composição do CMN por medida provisória e que a relevância jurídica da matéria não tinha a intensidade necessária para a concessão a medida excepcional. Além disso, o Tribunal afirmou que por o órgão integrar o SFN seria discutível a necessidade de lei complementar que discipline sua composição e suas atividades. Diante disso, o STF reconheceu que, se houve respaldo do Congresso Nacional para a alteração da composição no CMN, na conversão de medida provisória em lei, não há contrariedade ao interesse público a retirada de participantes da sociedade civil da composição deste e ao Poder Legislativo caberia esta decisão.

A decisão final referente à composição do CMN foi dada quase 9 anos depois do início da demanda perante o STF, o qual julgou por perda do objeto da ação, devido ao advento da Emenda

¹⁹ Ainda nesse sentido, Camila Duran-Ferreira afirma: “*Há risco de que, se feita de outra forma, por lei ordinária ou medida provisória, ela seja declarada inconstitucional pelo STF. Além da alteração da Emenda Constitucional 40/2003, que, em tese, permitiu a regulamentação fatiada do artigo, o ministro Eros Grau deu a orientação de que o artigo 192 é somente norma-objetivo, após essa modificação. Não existiria mais um elenco determinando o conteúdo do que deve ser disciplinado, como previsto anteriormente. Poder-se-ia interpretar essa orientação como liberdade para o Congresso Nacional determinar esse conteúdo*”. DURAN-FERREIRA, Camila. *supra*. p. 88.

Constitucional n. 40 de 2003 que alterou o artigo 192 da CRFB. Percebe-se que houve uma escolha do Tribunal em não decidir a questão no mérito.

Por outro lado, nas ADIs referentes ao *status* do Presidente do BCB, o STF decidiu diretamente, sem análise da medida cautelar, demonstrando a importância da discussão para o Tribunal. Em decisão final, o STF argumentou que a prerrogativa de foro para o Presidente do BCB seria garantia concedida à própria instituição e não aos titulares dos cargos, pois visa proteger o livre exercício de uma função essencialmente política e a justificativa para sua concessão é o interesse público. É importante destacar que foi considerada a questão de que os atos normativos do Comitê de Supervisão Bancária de Basileia, do Banco de Compensações Internacionais foram considerados de modo que a prerrogativa de foro seria um *standard mínimo* em relação a essa exigência, de modo que o intuito normativo foi a preservação da independência e da imparcialidade da instituição.

Diante da tal contexto, o STF ainda decidiu que não houve invasão à competência de lei complementar, prevista pelo artigo 192 da CRFB, pois a discussão estava relacionada à organização administrativa do Estado (retoma o julgamento da ADI n. 449). O Tribunal afirma que não há incongruência em no *status* de Ministro de Estado garantido ao Presidente do BCB, pois a relação com o Ministério da Fazenda não é de subordinação, mas apenas de vinculação e de sujeição ao controle de finalidade. Ainda, segundo o STF, a função do Presidente do BCB tem natureza política e não meramente técnica, o que também justifica a prerrogativa de foro. Nota-se que houve uma mudança de perspectiva do Tribunal referente à decisão de julgamento sem passar pelo pedido de medida cautelar, que aponta para o interesse do STF neste domínio, de modo que ela não mais decide “não decidir” em julgamento final.

As decisões nas ADIs aqui analisadas evidenciam a compreensão pelo STF da relevância da atuação da burocracia financeira, notadamente na configuração da política monetária do país, analisando a estrutura do CMN e do BCB. Nesses casos, importa observar que o STF considerou essenciais os papéis exercidos pelos órgãos analisados, apresentando inclusive passagens em tons de exaltação da atuação desses órgãos na regulação financeira e, por consequência, em toda a esfera econômica nacional.

A despeito dessas observações, o STF definiu que a determinação da composição desses órgãos e a qualificação de seus membros não seria matéria relativa à regulação financeira. Dessa

forma, nesses casos, a decisão do Poder Executivo foi confirmada pelo STF, que não declarou sua inconstitucionalidade a despeito das alegações de vícios formais, que se baseavam na exigência de lei complementar do artigo 192 da CRFB e precedente do Tribunal (ADI n. 4). Portanto, o STF permitiu que leis ordinárias modificassem leis recepcionadas pela CRFB como leis complementares. Assim, o controle de constitucionalidade possibilita o surgimento de uma nova configuração institucional de separação dos poderes.

Nesse contexto, o STF deve configurar a contraposição democrática frente à dinâmica tecnocrática dos poderes da burocracia regulador do SFN, tendo em vista que estes podem se tornar mais rígidos ou conservadores com o tempo. Logo, o controle *ex ante* é útil, mas, conforme defende Elster (1994), o *ex post* também deveria existir.

Referências bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. "The new separation of powers". *Harvard Law Review* 113 (2000)
- AFONSO DA SILVA, Virgílio; VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul C. A regulamentação do sistema financeiro nacional: o art. 192 e o mito da lei complementar única. In *Revista de Direito Mercantil*. N. 127. pp.79-92, 2002.
- BIS, Central bank governance and financial stability, Basileia, 2011.
- DURAN-FERREIRA, Camila. O STF e a construção institucional das autoridades reguladoras do financeiro: um estudo de caso das ADIns. *Rev. Direito GV*, Vol.5, No.1.São Paulo, 2009.
- ELSTER, Jon. "Constitutional courts and central banks: suicide prevention or suicide pact?", *East European Constitutional Review* 3 (1994): 66.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 1999.
- _____. *Direito e Economia na democratização brasileira*. São Paulo, Saraiva, 2013.
- _____. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo, Saraiva, 2012.
- GOODHART, Charles. "The constitutional position of the Central Bank", in *Money, inflation and the constitutional position of central bank*, London, Institute of Economic Affairs, 2003, p. 91-109.
- _____.; *et al.*, *Financial Regulation: Why, How and Where Now?*, Routledge, 1998.
- SOLA, Lourdes e KUGELMAS, Eduardo. Crafting economic stabilization: political discretion and technical innovation in the implementation of the Real Plan. In SOLA, Lourdes e WHITEHEAD, Laurence. *Statecrafting Monetary Authority. Democracy and Financial Order in Brazil*, pp. 85-115. 2006.
- MAXFIELD, Sylvia. *Gatekeepers of Growth: the international political economy of central banking in developing countries*, Princenton University Press, 1997
- PEREIRA JÚNIOR, Ademir Antônio. Legitimidade e governabilidade na regulação do sistema financeiro. *Revista Direito GV*, São Paulo, pp. 517-538, Jul-Dez 2008.
- TRUBEK, David; COUTINHO, Diogo; GARCIA, Helena; SANTOS, Alvaro. *Law and the New Developmental State: The Brazilian experience in Latin American context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- UNGER, Roberto Mangabeira; LOTHIAN, Tamara. "Crisis, Slump, Superstition and Recovery Thinking and acting beyond vulgar Keynesianism", 2011.

VEIGA DA ROCHA, Jean Paul C. Moeda, direito e sociedade: regulação financeira e constituição. Revista da EMARF, Cadernos temáticos, Rio de Janeiro. P. 353-387. Dez. 2010.

_____. A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira. Tese apresentada no curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Econômico e Financeiro. 2004.

WALD, Arnoldo. A evolução do direito monetário na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In Revista de Direito Público da Economia. N. 18, pp. 9-32. 2007.

WEBER, Max. Economia e sociedade, vol. 2, Brasília, Ed.UnB, 2004.