

## ASPECTOS PECULIARES DO DIREITO BANCÁRIO O REGIME JURÍDICO DOS ATOS BIFACES (\*)

Arnoldo Wald

1. A importância crescente das instituições financeiras, em todos os países em vias de desenvolvimento e até no mundo industrializado, fez com que nos chamasse a atenção o estudo dos problemas do direito público bancário. Embora se tivesse admitido a existência, no direito bancário, de normas de direito privado e de direito público, estas últimas ainda não mereceram, por parte da jurisprudência e da doutrina, um estudo sistemático que nos parece oportuno no presente momento e, em particular, em relação ao direito brasileiro.

2. A ausência de bibliografia na matéria se explica pelo fato de se ter considerado tradicionalmente o direito bancário como sendo "o mais comercial dos ramos do direito mercantil", cuja autonomia só recentemente foi reconhecida. É, assim, na área do direito privado que se multiplicaram os estudos referentes aos aspectos jurídicos das operações bancárias. Ressalvadas algumas poucas referências encontradas eventualmente nas raras obras que, no Brasil, trataram do direito econômico <sup>(1)</sup>, o conflito negativo estabelecido entre comercialistas e administrativistas quanto aos aspectos publicísticos do direito bancário fizeram com que não fossem os mesmos examinados em profundidade até o presente momento, embora abrangendo matérias controvertidas a merecer a dedicação dos estudiosos, tanto no plano teórico quanto prático.

3. O amplo movimento de publicização do direito privado, em virtude do qual se receava que "o direito administrativo pudesse vir a devorar o direito civil" <sup>(2)</sup>, transformou-se numa espécie de simbiose entre elementos de direito público e de direito privado, em virtude da alegada comercialização do direito administrativo. Efetivamente, do mesmo modo que na conquista de Roma pelos bárbaros, o elemento cultural do povo mais culto, embora nitidamente vencido, acabou prevalecendo sobre o do mesmo desenvolvido, as técnicas do direito comercial e, em particular, do direito societário foram sendo progressivamente adotadas pelo direito público na regulamentação das novas áreas por ele ocupadas, <sup>(3)</sup> como se verifica no caso das empresas públicas e dos bancos nacionalizados.

4. Efetivamente, em vez da anexação pura dos territórios antes pertencentes ao direito comercial, preferiu o direito público utilizar

(\*) Conferência proferida no Primeiro Encontro Argentino-Brasileiro de Direito Comparado em Buenos Aires, em 15-10-82, sob a presidência do Professor Ignacio Winizky.

as técnicas mais sofisticadas do "protetorado", em virtude do qual ou o Estado se substitui aos particulares, por meio das nacionalizações, continuando a aplicar aos bancos nacionalizados as normas de direito comercial ou, então, delega a atividade bancária aos particulares, num sistema de liberdade vigiada e de regulamentação imperativa. (4)

5. A área bancária sofreu, pois, em todos os países, uma crescente publicização na medida em que o controle da moeda pelo Estado passou a ser mais intenso e em que toda a economia nacional sofreu as conseqüências da concentração, do desenvolvimento tecnológico, do dirigismo estatal e da crescente interdependência dos povos.

6. A emissão do papel moeda e a utilização dos depósitos à vista considerados como forma de moeda escritural fizeram com que os Estados não mais pudessem controlar a evolução de sua moeda sem acompanhar e fiscalizar as operações bancárias e, especialmente, as realizadas pelos bancos comerciais que recebem depósitos à vista e que se tornam, assim, os catalisadores do famoso milagre da "multiplicação dos pães", que tem, infelizmente, na sua forma atual, como eventual conseqüência, um outro milagre de caráter negativo, o do desaparecimento dos recursos, que ocorre quando o banco não consegue reaver os valores por ele emprestados e com os quais pretendia reembolsar os depositantes.

7. Os economistas esclarecem que ao lado do papel moeda propriamente dito existe uma outra moeda denominada "moeda escritural", *bank money* ou *deposit currency*, que abrange os depósitos bancários à vista, representados pela expressão esotérica  $M_1$ . A moeda em circulação abrange, pois, tanto o papel moeda (denominado simplesmente  $M$ ) como os depósitos bancários à vista ou moeda bancária ( $M_1$ ) que representam, pois, cerca de quatro vezes o papel moeda. (5)

8. Verificamos, assim, que, na realidade, os bancos comerciais criam moeda, exercendo verdadeira ação multiplicadora da função emissora do Banco Central. Desse modo, podemos até afirmar que enquanto o Banco Central é o órgão emissor por atacado, os bancos comerciais são os multiplicadores da moeda que a redistribuem a varejo, em virtude do sistema de reservas que os autoriza a emprestar valores superiores aqueles por eles recebidos em depósito. (6) Assim, ao princípio tradicional *deposits make loans*, acrescentou-se a sua inversão: *loans make deposits*.

9. Sendo o Estado moderno titular do monopólio da emissão do papel moeda, ele acaba delegando, em parte, essa faculdade aos bancos comerciais em virtude da utilização da moeda escritural, ca-

bendo aos bancos centrais a função básica de controlar a política creditícia, ou seja, o ritmo da emissão da moeda escritural, que dá velocidade à circulação da moeda. Evidencia-se, pois, a importância do papel que desempenha o Banco Central no mundo contemporâneo. Já ouviu, aliás, quem dissesse que, desde a criação do mundo houve três grandes invenções: o fogo, a roda e o Banco Central. Por outro lado, com injustificada maldade, o economista liberal americano, *Milton Friedman*, parodiando uma frase de *Georges Clémenceau*, chegou a afirmar que “a moeda é uma coisa excessivamente séria para ser confiada aos bancos centrais”. (7)

10. O sistema bancário como um todo, abrangendo tanto o Banco Central como a totalidade dos bancos comerciais que recebem depósitos à vista, constitui, pois, uma unidade orgânica que tem uma verdadeira função de serviço público incumbido do exercício do poder monetário, que, na realidade, é um poder-dever.

11. É estranho que só recentemente os juristas passassem a analisar, em profundidade, as repercussões jurídicas da moeda e do poder monetário. Além de algumas digressões, poucas foram as obras jurídicas que se dedicaram ao estudo do fenômeno monetário, antes da primeira guerra mundial. Podemos dizer que foi com os livros de *Tullio Ascarelli*, *Arthur Nussbaum* e *F. A. Mann* que se criou nova focalização dos aspectos jurídicos da moeda e dos efeitos da inflação no mundo do direito. Quanto ao poder monetário exercido pelo Estado moderno, não tem merecido a necessária atenção dos mestres do direito público.

12. Há cerca de vinte anos, o Professor Herculano Borges da Fonseca proferiu, no Instituto dos Advogados Brasileiros, uma importante conferência na qual defendia a existência autônoma do direito monetário, como ramo do direito público, e reconhecia o surgimento, no Estado contemporâneo, de um novo poder — tão importante quanto os três poderes tradicionais aos quais aludia *Montesquieu* — o Poder Monetário. Para o economista e jurista brasileiro, estava ocorrendo uma evolução em virtude da qual “o que era no passado, de interesse privado, assumiu, nos tempos atuais, o caráter público à medida que se tornam mais complexas e difundidas as funções dos Bancos Centrais e mais íntimas as suas ligações com os Bancos Comerciais, criadores de moeda bancária. As atividades dos banqueiros deixaram de ser assunto de natureza privada”. (8)

13. Dentro desse espírito, houve, progressivamente, o reconhecimento do fato de constituir a atividade bancária, especialmente no campo dos bancos comerciais, uma verdadeira delegação do poder estatal, importando na aplicação, ao direito bancário de normas tanto de direito privado como de direito público, interpenetrando-se umas com as outras.

14. Essa conceituação foi amplamente discutida na Europa e, especialmente, na França e na Itália, divergindo os doutrinadores menos quanto à função exercida pelos bancos do que no tocante à adequação técnica da terminologia escolhida. Há cerca de um quarto de século, autores franceses, como o Professor *Roger Houin*, definiram a instituição financeira como sendo o instrumento de um serviço público de distribuição e regulação do crédito, considerando que estaria exercendo "um verdadeiro serviço público" ou, ainda, que a "função bancária é próxima do serviço público". (9)

15. Os tribunais franceses chegaram a admitir essa tese ao decidir que os bancos participam do serviço público da distribuição do crédito e que, conseqüentemente, a sua responsabilidade pode decorrer de faltas cometidas no exercício da função de distribuidor do crédito. (10)

16. Mais recentemente, sob a influência do Professor *Michel Vasseur*, a matéria foi objeto de uma certa revisão pela doutrina francesa, que melhor definiu a vocação de serviço público dos bancos como uma idéia-força, eventualmente desvinculada do conceito técnico, que o serviço público representa em direito administrativo. Os autores esclarecem que se trata de salientar, no caso, a importância excepcional e a missão econômica própria que tem a instituição financeira no mundo moderno. (11)

17. É preciso salientar, todavia, que o próprio *Michel Vasseur*, que foi o maior crítico das conseqüências que se pretendia tirar do conceito de serviço público bancário no campo da responsabilidade civil, reconhece que a relação de direito administrativo existe entre o banqueiro e o Estado, em virtude da delegação que lhe foi confiada de emitir moeda, não devendo, porém, ser ampliada para reger as operações realizadas entre o banco e os seus clientes. (12) Daí a criação de uma situação híbrida regida em parte pelo direito privado e em parte pelo direito público.

18. De qualquer modo, reconheceu-se a impossibilidade de equiparar o banqueiro aos demais comerciantes pelo fato de estar criando uma mercadoria diferente das demais, ou seja, a própria moeda que constitui "o sangue da economia". (13).

19. Já se afirmou até haver uma vinculação entre a moeda e a liberdade. Os economistas costumam citar a frase de *Dostoiévsky* na *Casa dos Mortos*, de acordo com a qual a moeda é a liberdade, cunhada pelo Estado. A moeda seria, pois, um grau de liberdade e, por sua vez, a liquidez abrangeria as noções de disponibilidade e de liberdade. E já se escreveu que "o que constitui o grau de liquidez para um corpo torna-se o grau de liberdade na escala do comportamento humano". (14)

20. Explica-se, pois, a presença do direito público na área bancária, embora nem sempre lhe tenham dado a devida importância os especialistas da matéria e não se tenha estudado a verdadeira natureza da relação entre o Estado e o sistema bancário.

21. A doutrina italiana teve o ensejo de examinar o ordenamento setorial existente na área financeira e nele vislumbrou um instrumento ainda mais penetrante do que a concessão, instrumento este no qual se agrega ao poder de direção a competência para estabelecer uma normatividade interna ao qual estão sujeitas todas as instituições financeiras, tanto públicas como privadas. <sup>(15)</sup> Também na Itália, reconhece-se que o sistema financeiro constitui objetivamente um serviço público cujas normas mesclam elementos de direito comercial e de direito administrativo. <sup>(16)</sup>

22. No direito brasileiro, a Constituição Federal atribui à União Federal a competência exclusiva para emitir moeda e fiscalizar as operações de crédito (artigo 8.º, inciso IX e X). As constituições anteriores determinavam que só podiam funcionar no país bancos de depósitos quando fossem brasileiros os seus acionistas (artigo 145 da Constituição de 1937), tendo sido a matéria posteriormente transferida para a lei ordinária (artigo 149 da Constituição de 1946) e atualmente não mais prevalecendo.

23. A regulamentação do Sistema Financeiro Nacional consta na Lei n.º 4.595, de 31-12-1964, que o considera integrado pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central, pelo Banco do Brasil e pelas demais instituições financeiras públicas e privadas.

24. Enquanto o Conselho Monetário Nacional tem competência de caráter geralmente normativo, ao Banco Central cabe, basicamente, a função de fiscalizar o sistema bancário tanto privado como público, além de emitir o papel moeda. Assim, determina a lei que o Banco Central deve exercer o controle do crédito, a fiscalização das instituições financeiras e a aplicação de penalidades às mesmas, tendo poderes para autorizar as instituições financeiras para que possam funcionar no país, instalar ou transferir a sua sede ou dependências, ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, alterar os seus estatutos, etc. (artigo 10 da Lei n.º 4.595, de 31-12-1964). Por outro lado, a autoridade monetária também aprova os nomes dos administradores eleitos para gerir as instituições financeiras (artigo 33 da Lei citada), cabendo-lhe ainda fixar as bases do regime equitativo que deve ser assegurado aos acionistas minoritários no caso de aquisição de controle de estabelecimento bancário que seja sociedade de capital aberto (artigo 255 da Lei n.º 6.404, de 15-12-1976).

25. A legislação brasileira considera, outrossim, a atividade bancária como afetando a segurança nacional (Decreto-lei n.º . . . . . 1.632/78). (17)

26. Os tribunais brasileiros têm admitido, embora sem maior análise de mérito, que a instituição financeira exerce uma função concedida pelo Poder Público, razão pela qual a carta patente que lhe foi concedida pode ser cancelada quando a entidade paralisa as suas atividades, não cumprindo assim as suas obrigações. Neste sentido existe julgamento do Tribunal Federal de Recursos. (18)

27. Na área administrativa, as autoridades têm preferido reconhecer que se trata de uma atividade autorizada de natureza especial em relação à qual a fiscalização contínua realizada pelo Banco Central adquire uma densidade especial, de tal modo que os principais atos da vida bancária não têm validade ou eficácia sem o *placet* da autoridade administrativa.

28. Verificamos, assim, que quando se trata da alteração da diretoria, da modificação dos estatutos de um banco, de sua transferência de controle ou de sua incorporação ou fusão, a operação só se concretiza mediante a simbiose de duas ou mais declarações de vontades, a dos particulares, que se rege pelo direito comercial, e a do Estado, sob a forma de autorização ou aprovação do Banco Central, que está sujeito às normas de direito administrativo.

29. Essa situação nos parece peculiar e importante, pois exige, para a sua análise, o exame simultâneo de duas posições que obedecem a regulamentações distintas. Tanto para verificar a validade do ato, como para eventualmente desconstituí-lo, torna-se necessário compatibilizar as normas possivelmente em conflito.

30. Trata-se de problema que tem surgido recentemente nos tribunais brasileiros nos quais se discute, por exemplo, a desconstituição de uma incorporação de instituição financeira, em virtude da qual foi extinta a carta patente de um banco. Até que ponto é viável, em tal hipótese, examinar a incorporação sob o prisma exclusivo do direito comercial, podendo eventualmente restabelecer a existência de um banco, já agora sem carta patente, ou é necessário proceder simultaneamente à anulação do ato administrativo para que possa ocorrer o restabelecimento da situação anterior na sua totalidade? E sendo a concessão e a extinção da carta patente um poder discricionário do Banco Central, será ou não possível restabelecer por via judicial uma carta patente já extinta?

31. Essas perguntas de natureza prática envolvem, inclusive, questões processuais de alta indagação quanto à Justiça competente para resolver esse tipo de conflito e a posição exata da autoridade

administrativa no litígio, que aparentemente se trava entre particulares. Evidencia-se que o debate não é puramente acadêmico, mas tem importância no próprio desenvolvimento da vida econômica do país, especialmente em momento de dificuldades financeiras nacionais e internacionais que obrigam os poderes públicos a uma atuação rápida e segura.

32. Cabe salientar que no direito brasileiro a competência dada na matéria ao Banco Central não é vinculada, mas sim discricionária, de modo que as autoridades podem aprovar ou recusar-se a aprovar uma operação de acordo com os critérios gerais de oportunidade e conveniência, consideradas as condições do mercado, sem prejuízo da eventual responsabilidade no caso de desvio ou abuso de poder. Acresce que no campo do poder discricionário, não cabe ao Juiz se substituir à autoridade, podendo, tão-somente, responsabilizar aqueles que atuaram contra a lei, com culpa ou dolo, de modo que, em tese, qualquer litígio desse tipo se resolverá, necessária e exclusivamente, em perdas e danos, não se admitindo a desconstituição do ato praticado.

33. Acresce que em certos casos, como o do artigo 255 da Lei das Sociedades Anônimas, a norma jurídica tem como destinatário o próprio Banco Central ao qual cabe zelar para que seja assegurado um tratamento equitativo aos acionistas minoritários da entidade financeira, cujo controle está sendo adquirido. Em tais hipóteses, a instituição financeira que adquire o controle se limita a obedecer aos critérios fixados pela autoridade competente. Cabe, então, indagar até que ponto poderá o comprador ser responsabilizado caso o critério adotado não for considerado o melhor, sem que haja a desconstituição prévia do ato administrativo. Essa desconstituição é ou não um requisito prévio para qualquer discussão entre as partes?

34. Pensamos que estamos nessas hipóteses diante de atos mistos, complexos ou bifaces. O ato complexo tem a sua conceituação própria no direito administrativo, mais a sua estrutura está tradicionalmente vinculada à existência de várias declarações de vontades, todas elas da mesma natureza, ou seja, dentro da sistemática administrativa, que obedece exclusivamente ao direito público. O ato misto tem, por sua vez, a sua definição um tanto quanto vinculada aos atos unilateralmente comerciais. Donde pensarmos no ato *biface*, como sendo uma forma de ato complexo abrangendo manifestações de vontades situadas, respectivamente, na área privada e na área pública, ou seja, no direito comercial e no direito administrativo.

35. Não deixa de haver uma certa analogia de estrutura entre os atos básicos de direito bancário aos quais nos referimos e outros da vida civil nos quais o Estado também participa, como ocorre no direito de família, em relação ao casamento e, no passado, em certas

legislações, em relação à adoção ou à legitimação por decreto. (19) Cabe, todavia, salientar que, nos atos de direito de família, a posição do Estado se limita a examinar requisitos formais, enquanto, no direito bancário, as autoridades exercem um poder discricionário.

36. A doutrina civilista não tem dado a devida atenção ao ato complexo, invocando, todavia, eventualmente o ensinamento dos administrativistas (20) e fazendo a devida distinção entre as situações nas quais o Estado tem uma situação meramente passiva, como no caso da função executada pelo registro de imóveis, não podendo a autoridade recusar o seu concurso, e aquelas em que desempenha um papel ativo e concorre com uma declaração de vontade, que atende aos interesses sociais, e se fundamenta no exercício do poder discricionário. No primeiro caso, o Estado não passa de um órgão de registro ou de controle de requisitos formais, sendo mero expectador, enquanto, no segundo, a sua vontade é substancial e *constitutiva* para a existência do negócio, pois não se limita a homologar o ato mas dele participa ativamente e só após a aprovação da autoridade o ato passa a ter eficácia.

37. A doutrina italiana definiu o ato complexo como aquele no qual há um feixe de vontades que funcionam como uma vontade única, fazendo os autores a distinção entre a complexidade interna e externa. É interna quando as várias manifestações emanam de um mesmo órgão e externa quando se originam de entidades diversas. (21) Mas, em geral, mesmo a chamada complexidade externa tem pressuposto que as diversas entidades do qual emana o ato sejam da mesma natureza.

38. Por outro lado, reconhece-se que a aprovação ou a autorização do Banco Central não é simples condição suspensiva para a eficácia do ato, mas verdadeiro requisito para sua própria existência, não havendo, assim, como confundir a autorização com a condição, tanto mais que a própria autorização pode eventualmente ser condicional. (22)

39. Na doutrina francesa, aludiu-se recentemente ao ato misto, comportando uma parte administrativa e outra privada, nele se vislumbrando um contrato com efeitos regulamentares, como acontece, por exemplo, no caso da convenção coletiva de trabalho, da qual *Carnelutti* pode dizer que ela tem "o corpo do contrato e a alma da lei". Os mestres franceses também reconheceram a dupla natureza da concessão de serviços públicos, entendendo que ela é, de um lado, um contrato entre concedente e concessionário e, de outro, um regulamento que existe em relação aos usuários do serviço público. Defendida por *Léon Blum* no Conselho de Estado e por *Léon Duguít* e *Maurice Hauriou* na doutrina, essa tese nos leva a reconhecer a existência do ato misto, simultaneamente contratual e regula-

mentar. (23) De modo análogo, nada impediria que no direito bancário se reconhecesse a dupla natureza de certos atos, que seriam simultaneamente comerciais e administrativos e entre os quais haveria uma vinculação de tal densidade que não poderiam ser separados um do outro, como se fossem verdadeiros irmãos siameses. Tratar-se-ia dos atos bifaces

40. Em tal hipótese, a aprovação do ato pelo Banco Central lhe daria uma espécie de "blindagem", na feliz expressão do Professor Wilson do Egito Coelho, impedindo que o acordo comercial se desfizesse sem a simultânea desconstituição do ato administrativo. Por outro lado, a desconstituição definitiva do ato da autoridade (autorização ou aprovação) levaria, necessariamente, ao desfazimento do ato comercial.

41. Neste sentido, já se manifestou a mais recente doutrina alemã para a qual o ato aprovado pela administração não pode ser desfeito sem a intervenção da mesma (24)

42. No direito administrativo brasileiro, Hely Lopes Meirelles esboçou o conceito do *ato negocial administrativo* que corresponde ao *acto administrativo-negócio jurídico* castelhano, ao *atti amministrativi negoziali* do direito italiano e aos *rechtsgeshaeftliches Verwaltungsakte* do direito alemão, entre os quais inclui as autorizações e aprovações administrativas concebidas como atos unilaterais da administração que encerram um conteúdo tipicamente negocial, de interesse recíproco da administração e do administrado, mas não se adentram à esfera contratual. (25)

43. Não chegou o ilustre administrativista brasileiro a examinar, no seu livro, o problema específico das aprovações e autorizações vinculadas a atos de direito comercial, que existem no direito bancário.

44. Mais recentemente, em parecer, reconheceu o Professor Hely Lopes Meirelles a natureza de ato-condição da autorização dada pelo Banco Central do Brasil e admitiu a existência, na incorporação de banco, de um verdadeiro ato biface. Escreveu a este respeito, o mestre dos administrativistas brasileiros que:

*"A autorização do Banco Central do Brasil para a incorporação de Banco é um típico ato-condição de natureza negocial, principal, e integrante da operação a realizar. É ato negocial porque contém uma declaração de vontade da Administração coincidente com a pretensão do particular e se destina a permitir a efetivação do negócio desejado pelas partes, no caso, a incorporação; é principal*

porque sem ele a operação incorporativa não se viabiliza, é integrante do negócio porque deste não pode dissociar-se (cf. nossa obra citada, páginas 139 e seguintes). A incorporação de um Banco por outro apresenta uma face administrativa e outra comercial. É um ato **biface**, que se forma com a justaposição da vontade da Administração à pretensão dos particulares. Ambas são distintas mas inseparáveis: aquela é regida pelo direito administrativo e esta pelo direito privado, mas uma não sobrevive sem a outra, e assim sendo, para invalidar-se ou alterar-se o negócio há que se desconstituir ou modificar, primeiro, o ato administrativo, para depois se alterar o ato comercial, pois aquele é que plasma este e o acompanha em todas as suas mutações."

45. E, analisando as conseqüências da tese, concluiu que:

*"Nessa conformidade, o ato administrativo que precede, acompanha ou sucede um negócio privado — civil ou comercial — só pode ser invalidado pelo Judiciário com o chamamento da autoridade, entidade ou órgão, que o praticou, na ação em que se pretende alterar ou anular o negócio realizado com aquiescência do Poder Público. Ainda que o ato administrativo contenha vício de fundo ou emane de autoridade incompetente, traz em si a presunção de legitimidade e, por isso mesmo, só pode ser desconstituído, desconsiderado ou anulado após a intervenção da Administração na lide em que se discute a legalidade ou as condições do negócio impugnado. Não se nega ao Poder Judiciário a faculdade de invalidar qualquer ato administrativo, mas exige-se o devido processo legal e a Justiça competente para conhecer e decidir qualquer causa que importe negação de efeitos ou de vigência dos atos da Administração interessada."*

46. Com esses estudos, o primeiro passo foi dado para que se examinasse o regime jurídico dos atos bifaces no direito brasileiro.

47. O problema da criação de um ato biface simultaneamente regido por normas de direito privado e de direito público no campo bancário não se limita, aliás, às operações nacionais. Estamos sentindo a necessidade progressiva de estabelecer normas internacionais em relação ao mercado dos euro-dólares e os bancos centrais já reconhecem a inviabilidade da manutenção do sistema atual no qual o excesso de liberdade está levando à criação de um mercado inseguro. Quando o Brasil começou a regulamentar as atividades das instituições financeiras, comentou-se que, depois da liberdade do Fa-

roeste, era preciso que chegasse o xerife para pôr a casa em ordem. É o que está ocorrendo atualmente no mercado internacional. Desde 1974, vários bancos centrais sustentaram a necessidade de se estabelecer um controle efetivo das operações internacionais, cada banco central devendo acompanhar a captação e os financiamentos das instituições financeiras do seu país. Neste sentido, manifestaram inicialmente o Governador do Banco da Inglaterra e o Presidente do Banco Nacional Suíço, seguidos por autoridades de outros países.

48. Numerosos são hoje aqueles que defendem a criação de um controle internacional nas operações de euro-dólares e desde a falência do Banco *Herstatt*, o Banco de Regulamentos Internacionais (BRI) criou um *comité* especial para tratar das regras e práticas de controle das operações internacionais também denominado *Comité Cook*. (26)

49. Não há dúvida que, com o fortalecimento do Fundo Monetário Internacional, também no campo das relações externas um certo controle há de ser estabelecido que ensejará uma colaboração entre os banqueiros e as autoridades tanto nacionais quanto internacionais. É, pois, possível que muito breve tenhamos um direito monetário internacional a completar as normas do direito bancário interno, sendo difícil prever se o direito internacional econômico continuará sendo um mito ou poderá ser uma realidade. (27)

50. Entendemos que há, no caso, um campo novo que deve merecer a atenção dos juristas na área bancária e que consiste justamente na harmonização adequada das normas de direito privado e de direito público, a fim de evitar que, considerando ambos os campos como linhas paralelas que nunca se tocam, se leve o direito bancário a situações caóticas e de impasse que acabam engedrando soluções contrárias ao interesse público, como é o caso da nacionalização dos bancos, realizada recentemente em vários países, em detrimento do próprio desenvolvimento da economia, no plano nacional e internacional.

51. A posição dos juristas que se recusaram examinar e compreender os problemas econômicos fizeram com que, por longos anos, vivêssemos num mundo fictício dominado pelo mito da estabilidade monetária. Foi a época em que em vários países, os economistas pretenderam substituir os advogados e tornaram-se legisladores e intérpretes da lei, ensejando a prevalência de uma tecnocracia sem a adequada formação jurídica. Agora, nessas últimas décadas, os legisladores e os juristas da maioria dos países reconheceram a necessidade de encarar os fatos econômicos, de conviver com eles, e, conseqüentemente, de aderir ao realismo monetário, rejeitando mitos e presunções descabidas.

52. No plano bancário, a situação é um pouco parecida. Não há como garantir a sobrevivência dos bancos num mundo tumultuado como o nosso, sem a presença vigorosa e constante de um Banco Central considerado como elemento catalizador e orientador da economia nacional e com o qual os bancos privados devem colaborar na construção de uma economia concertada. Desconhecer essa realidade só pode levar a soluções fictícias. Todos os bancos necessitam ou podem necessitar do redesconto, que atualmente constitui um verdadeiro seguro para a instituição financeira, mas alguns deles pretendem manter um liberalismo já inviável e não condizente com a adequada proteção dos depositantes e a própria orientação da economia nacional. Assim sendo, *John Kenneth Galbraith* salientou que todos os bancos querem gozar dos benefícios decorrentes da existência dos bancos centrais, mas nem sempre lhes apraz obedecer às normas baixadas pelas autoridades monetárias, ou seja, pagar o preço correspondente, o prêmio do seguro. <sup>(28)</sup> Ora, é evidente que o Estado moderno não pode abrir mão do exercício do poder de polícia que deve exercer na área bancária no próprio interesse dos bancos e da sociedade concebida como um todo.

53. Ao jurista cabe, pois, a missão de zelar para que este poder de polícia dos Bancos Centrais seja exercido de acordo com normas prévias e claras e com o necessário respeito dos direitos individuais, mas também com a energia e a rapidez necessárias para atender aos superiores interesses da economia nacional.

54. Alcançar este justo equilíbrio entre interesses individuais e sociais, entre a liberdade de iniciativa e a responsabilidade decorrente, entre o espírito do direito comercial e o poder de polícia, regulamentado pelo direito administrativo, passa a ser, nos dias de hoje, uma meta básica do advogado, ao qual não é lícito desconhecer nem a realidade econômica, nem a escala de valores, pois a sua função consiste, basicamente, em submeter a vida econômica aos princípios morais, como bem lembrava *Carnelutti*.

55. A palavra crise em chinês é representada por dois sinais, um sombrio evocando as dificuldades do momento e o outro significando a esperança de novas soluções. A crise mundial obriga o jurista a aceitar o desafio do seu tempo e a sair da sua trincheira para construir novas soluções, não mais nas manipulações de retaguarda mas sim no *front* do direito, ao qual aludia San Tiago Dantas. Essa luta exige uma mobilização de privatistas, publicistas e comparatistas para que as soluções dos vários países sejam apreciadas e possam ensejar novas construções jurídicas pois sabemos que, como já o dizia *Georges Ripert*, a única realidade que fica, após as grandes revoluções é o trabalho do jurista que transforma em realidades concretas as idéias e proclamações baseadas na poesia e na retórica.

## NOTAS

- (1) Geraldo de Camargo Vidigal, *Teoria geral do Direito econômico*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, e "Disciplina dos órgãos de direção monetária", tese mimeografada, São Paulo, 1964, e ainda Eros Roberto Grau, *Elementos de direito econômico*, Editora Revista dos Tribunais, 1981, José Wilson Nogueira de Queiroz, *Direito Econômico*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, José Nabantino Ramos, *Sistema brasileiro de direito econômico*, S. Paulo, Editora Resenha Tributária, 1977 e Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito econômico*, S. Paulo, Saraiva, 1979.
- (2) A frase é de Radbruch citado por Caio Tácito no seu artigo *Evolução histórica do direito administrativo*, in "Revista do Serviço Público", vol. 66, nº 3, pág. 540. No mesmo sentido, Arnoldo Wald, *A evolução do direito e a absorção da administração privada pela administração pública*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1953.
- (3) Roger Houin, *La gestion des entreprises publiques et les méthodes du droit commercial*, artigo publicado nos "Archives de Philosophie du Droit", número especial dedicado à distinção do direito público e do direito privado e à empresa pública, Paris, 1952, pág. 79.
- (4) Neste sentido, Jean Rivero, crônica intitulada *Droit public et droit privé: conquête ou statu quo*, in Dalloz, 1947, pág. 65.
- (5) Paul A. Samuelson, *Economics*, 9ª edição, N. York, Mac-Graw Hill, 1973, págs. 277 a 281; Henri Guitton e Gérard Bramoullé, *La monnaie*, 4ª edição, Paris, Dalloz, 1978, pág. 194, Paul Hugon, *A moeda*, tradução brasileira, São Paulo, coedição da Livraria Pioneira e Editora Universidade de São Paulo, 1967, pág. 46 e Eugênio Gudin, *Princípios de economia monetária*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Livraria Agir, 1954, 1º vol., pág. 61.
- (6) Herculano Borges da Fonseca, *Instituições financeiras do Brasil*, Rio de Janeiro, Crown Editores, pág. 43.
- (7) Jean Pierre Patat, *Les banques centrales*, Paris, Sirey, 1972, pág. 1.
- (8) Herculano Borges da Fonseca, obra já citada, pág. 318.
- (9) A idéia foi lançada inicialmente por Roger Houin em artigo publicado na "Revue Trimestrielle de droit commercial" (1955, pág. 150 e 1964, pág. 164) sendo adotada por River-Lange e Vézian (*Jurisclassseurs Banque et Bourse*, Tomo I, fascículo 8, 1970, nº 173) e por Christian Gavalda (*Jurisclassseurs* citado, fascículo 30, caderno II, 1966, nº 8). Em trabalhos mais recentes a doutrina salienta que não se trata de um autêntico serviço público mas de uma situação próxima ou equiparada ao serviço público em virtude de sua importância econômica e social (Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Droit de la Banque*, 1ª edição, 1974, Paris Presses Universitaires, nº 3, pág. 9 e nº 214, pág. 252; Rodière et River-Lange, *Précis de droit bancaire*, 1.ª edição, Paris, Dalloz, 1973, nº 5, pág. 4 e Jack Vézian, *La responsabilité du banquier*, Paris, Librairies Techniques, 1977, nº 172, pág. 15).
- (10) Ap. Michel Vasseur, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit*, 3ª edição, Paris, Banque éditeur, 1978, págs. 9 e seguintes e Georges Pratt, *La responsabilité du banquier*, Paris, edição de Technique et documentation, 1981, pág. 12.
- (11) Ver nota 9 *supra*.
- (12) Michel Vasseur, ob. citada, pág. 66.
- (13) Jean Stoufflet, *Devoirs et responsabilité du banquier*, estudo publicado na obra coletiva de estudos sobre a *Responsabilité professionnelle du banquier*, dirigida por Christian Gavalda, Paris, Econômica (editora), 1978, pág. 23.
- (14) Guitton et Bramoullé, ob. cit., págs. 64 e 65.
- (15) Massimo Severo Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bolonha, Società editrice di Mulino, 1977, pág. 200.
- (16) Paolo Vitale, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milão, Editora Dott. A Giuffrè, 1977, *passim* e especialmente pág. 159.

- (17) O referido Decreto foi considerado constitucional pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos por decisão proferida no Mandado de Segurança nº 90.245, julgado em 11-12-1980, cujo acórdão se encontra publicado na "Revista do Tribunal Federal de Recursos", vol. 82, págs. 334 e seguintes.
- (18) Acórdão unânime do Plenário do Tribunal Federal de Recursos no Mandado de Segurança nº 94.668, julgado em 3-12-1981. Alguns autores também consideram que os bancos são, no fundo, concessionários de um serviço público ou equiparados aos concessionários (R. Martin Mateo e F. Sosa Wagner, *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1974, pág. 81).
- (19) Roberto de Ruggiero, *Instituições de direito civil*, tradução brasileira, 3ª edição. São Paulo, Saraiva, 1972, vol. II, páginas 9 e 10.
- (20) Darcy Bessone de Oliveira Andrade, *Da compra e venda*, Belo Horizonte, Editora Bernardo Álvares, 1960, pág. 83.
- (21) Arturo Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milão, Società Editrice Libreria, 1939, vol. I, pág. 186.
- (22) Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 6ª edição, edição de *La Ley*, 1964, Tomo II, págs. 168 e 169.
- (23) Sobre a matéria existe excelente monografia do Professor Yves Madiot, da Faculdade de Direito de Poitiers, intitulada *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971.
- (24) Ernst Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand*, tradução francesa, Bruxelas, Buylant editor, 1969, pág. 424.
- (25) Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 9ª ed., S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, pág. 139.
- (26) Blaise Fouchard et Khan, *Les euro-crédits*, vol. 8, Paris, Librairies Techniques, págs. 369 e seguintes.
- (27) Prosper Weil, *El derecho internacional económico: mito e realidad*, in *Estudios de derecho económico*, vol. I, Universidad Nacional autónoma de México, 1977, pág. 173.
- (28) John Kenneth Galbraith, *A moeda*, trad. brasileira, S. Paulo, Livraria Pioneira, 1977, pág. 76.