AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PARA FUNCIONAMENTO DE BANCOS

FRANCISCO DA CUNHA RIBEIRO

Advogado da Superintendência da Moeda e do Crédito

SUMÁRIO: *Vigência do decreto-lei n.º 3.182, de 1941. Ato Administrativo. Atos discricionários e atos vinculados. Poder discricionário e abuso de poder. Autorização para funcionamento de sociedades bancárias. Ações ao portador. Conclusão.*

Não formamos ao lado daqueles que acham que o decreto-lei n.º 3.182, de 9/4/41 não mais está em vigor. Sôbre isso temos a nosso favor o ponto de vista do emérito jurisconsulto Afonso Pena Júnior, que assim se manifestou em erudito parecer: "Inatacável, agora, no seu mandamento, ou na sua essência, e formalmente inatacável desde a sua publicação, o decreto-lei n.º 3.182 é, assim, a lei prevista no art. 149 da Constituição, e como tal tem de ser respeitada e aplicada até que outra lei disponha diferentemente sôbre o regime dos bancos de depósito".

Em todo o caso, mesmo que se admita tal hipótese, temos para nós, conforme se verificará nos comentários que se seguem, que ao Govêrno é facultado, em face da legislação em vigor, negar autorização às sociedades anônimas bancárias cujas ações sejam ao portador.

1. O intelectualismo dos enciclopedistas e o romantismo de Rousseau não legaram aos vencedores de 89, na França, idéias claras e precisas sôbre os princípios que deveriam inspirar a nova ordem constitucional, que sucedeu à derrocada do despotismo. Corre por conta dessa circunstância o fato de ter emergido um conceito de Estado cujo caráter diferencial não ultrapassava os limites da forma. A filosofia política do século XVIII e o direito monárquico, herdeiro direto do "imperium" dos romanos, chegaram às mesmas conclusões, que se impuseram aos legisladores da revolução, os quais, apesar das suas crenças filosóficas, continuavam monarquistas por tradição e por temperamento. Na simples passagem de todos os direitos do Rei para o Estado encontramos a explicação do Estado titular de direito subjetivo de poder, noção que, só mais tarde, foi substituída pela de serviço público. O ato administrativo era a manifestação da autoridade do Estado, do seu poder de mandar, distinguindo-se da lei, ùnicamente, sob o ponto de vista formal, sendo esta uma norma geral e aquêle um ato individual. Em tais condições, não podia o ato administrativo ser submetido à apreciação dos tribunais, aos quais com-

petia, sòmente, conhecer das questões privadas. A lei de 16 frutidor, do ano III (Léon Duguit, *Direito Público,* p. 214) é incisiva e afasta qualquer dúvida: "Reiteradas proibições se dirigem aos tribunais a fim de que não conheçam dos atos de administração de qualquer espécie que sejam".

2. A pouco e pouco, porém — as influências liberais naturalmente se faziam sentir —, foi-se acentuando a reação contra o conceito imperialista do ato administrativo. Coube a Lafarrière, na sua obra "Juridiction et Contentieux", transformar em realidade essa aspiração, ao dividir o ato administrativo em duas categorias: atos de autoridade ou de poder público e atos de gestão. Sòmente os atos da segunda categoria é que podiam ser apreciados pelos tribunais judiciais. Tal distinção, entretanto, não se mantém, tendo a realidade demonstrado a fragilidade dos alicerces em que se apoiava. A essa altura, porém, novas idéias já se haviam incorporado ao Direito Público, determinando um rompimento com o antigo conceito de poder. Paralelamente, modifica-se, também, o caráter do ato administrativo, que deixa de ser a expressão de um poder de mandar, para se subordinar à noção de serviço público. "O ato administrativo jurídico tem um valor determinado por seu objeto, mas também, e sobretudo por seu fim, que outro não é senão um fim de serviço público." (Duguit, obra citada, p. 227.)

3. A simplicidade não é, absolutamente, a característica marcante da questão referente ao poder discricionário da administração, terreno melindroso, onde, diz Vítor Nunes Leal (*Rev. de Direito Administrativo,* 14/53), "a doutrina tem de utilizar *instrumentos de precisão* para não vestir um santo com a roupa de outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário."

4. Quando a autoridade administrativa está prêsa à lei no tocante a todos os elementos que integram o ato que pratica, isto é, competência, motivo, objeto, forma e finalidade, recebe tal ato a designação de *vinculado.* É o caso, por exemplo, da escolha de diretor de um estabelecimento bancário. Satisfeitos os requisitos que a lei estabelece, não pode a Administração deixar de manifestar a sua aprovação, visto que a norma não lhe dá qualquer margem de escolha. Em se tratando dêsse ato, vê-se desde logo, o praticá-lo, ou não, depende, exclusivamente, da verificação das condições *a priori* estabelecidas pela lei. "Tels et tels faits existant — observa Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel,* vol. II, p. 317 — l'agent doit, d'après la loi même, prendre une décision en un certain sens. S'il a prise en sens contraire, il a violé la loi." Quando se fala em ato discricionário, a idéia que, desde logo, nos vem à mente é de oposição ao ato vinculado. Isso, entretanto, não traduz bem a realidade, de vez que, no tocante a alguns dos seus elementos, a autoridade administrativa, ao praticá-lo, está prêsa à lei. Essa circunstância tem levado alguns juristas a considerarem imprópria a designação de ato discricionário. Mais uma vez nos valemos das observações de Vítor Nunes Leal (*Revista de Dir. Administrativo,* 14/57-58), que assim se manifesta: "Quando se afirma que os atos discricionários escapam à revisão do Poder Judiciário, o que se quer dizer é que *o poder discricionário* está imune da revisão jurisdicional. A imprecisão terminológica — em que já temos incidido — torna-se patente quando se considera que não existe ato algum da Administração que esteja

totalmente isento de contrôle judiciário. Na pior das hipóteses, a competência da autoridade que o praticou é assunto da alçada do Judiciário, cabível no exame de qualquer ato administrativo... Por conseguinte, se nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário, em sua integridade, não existe ato discricionário."

O que há, é bem de ver, é um *poder discricionário* conferido pela lei à Administração e que, por assim dizer, se projeta no ato, tornando-se o seu conteúdo. No concernente à prática de certos atos administrativos, a Constituição e as leis — continua o ilustre jurista — "costumam reservar à Administração Pública uma opção de conveniência e oportunidade que constitui — isto sim — o conteúdo discricionário de ato. Ao manifestar essa opção, a Administração faz uso do seu *poder discricionário,* mas salvo no tocante a essa opção, que constitui o seu conteúdo, o ato administrativo, em tudo o mais, se deve considerar vinculado." Temos, portanto, em face do que ficou dito, que não existe ato administrativo que esteja isento do contrôle jurisdicional. O que escapa a êsse contrôle é o poder discricionário, o qual emerge da faculdade que a lei outorga à Administração de optar, de agir da maneira que lhe parecer mais conveniente, de adotar, entre várias soluções, aquela que, segundo o seu critério, melhor atenda, em cada caso, aos objetivos da lei. Com a competência discricionária, o legislador outorga à autoridade administrativa, esclarece Fritz Fleiner, citado por Seabra Fagundes (Rev. citada, vol. 14/59), a faculdade de terminar como cabível "entre várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, à intenção da lei."

5. Há, pois, um campo, uma zona, em que o poder discricionário se move livremente, e cujos limites são determinados, pela lei, em bases mais ou menos amplas. A fixação dêsses limites, sendo uma questão jurídica e não de apreciação, está, evidentemente, sujeita ao contrôle jurisdicional. Assim se expressa Fritz Fleiner (*Instituições de Direito Administrativo,* p. 119):

"A questão de saber onde começa o domínio do poder discricionário e onde termina, é por si mesma, uma questão jurídica e não uma questão de apreciação."

Tomemos um exemplo com base no decreto n.º 14.728, que regula a fiscalização bancária. Nos têrmos do seu art. 43, tem o Govêrno ampla faculdade de fiscalização, sendo-lhe, porém, defeso *imiscuir-se nos atos pròpriamente de gestão e administração dos estabelecimentos fiscalizados.* Temos, aqui, nitidamente traçado, um limite ao poder discricionário. Constitui atribuição do Poder Judiciário declarar se êle foi ultrapassado ou não, segundo o critério que houver por bem estabelecer para conceituar as expressões *gestão* e *administração.*

6. Não há dúvida que a Administração, ao usar o seu poder discricionário, ao decidir-se em face de várias soluções, deve atender ao seu objetivo primordial, isto é, visar o interêsse coletivo, um *fim* de serviço público, a realização do escopo que o legislador teve em mira ao outorgar-lhe a competência livre. O elemento *fim* passou a constituir o ponto alto do Direito Público moderno. Bem distantes estão os princípios que inspiraram a lei de 16 frutidor, do ano III, à qual nos referimos no início! Desde o momento em que o conceito de *poder* começou a ser minado, desde o momento em que êle passou a não mais constituir a base da atividade administrativa, acen-

tuou-se a importância daquele elemento, que é um limite denominado *interno*, do poder discricionário. Cumpre, porém, notar que a verificação do interêsse coletivo, a fixação de diretrizes para se saber onde êle se encontra, situa-se no campo em que se move o poder discricionário. Sujeitar ao contrôle jurisdicional o critério adotado para se atingir o objetivo do ato administrativo, significa pura e simplesmente, substituir um critério por outro, o administrativo pelo judiciário, sem qualquer vantagem evidente. Sôbre o assunto, assim se manifesta Vítor Nunes Leal (Revista citada, 14/79):

"Nunca se admitiu, entre nós, que o Judiciário pudesse descer a certas indagações para verificar se, entre duas ou mais possibilidades legais de solução, foi mais acertada a escolhida pela Administração Pública, embora esteja o juiz convencido de que uma outra, não adotada, atenderia melhor ao interêsse coletivo. A noção de interêsse coletivo é tão vaga e imprecisa que nenhuma garantia teriam os particulares com a substituição do critério administrativo pelo Judiciário; sempre, portanto, que a discussão girar em tôrno de uma questão de conveniência política ou de oportunidade — questão por sua natureza controvertida — a Administração se move com plena liberdade, imune da intromissão do Judiciário."

Na França, não há dúvida, acentua-se, embora sem linhas definidas, uma tendência no sentido de reduzir, cada vez mais, o poder discricionário, à medida que se amplia o conceito de *desvio de poder*. Essa diretriz se amolda perfeitamente, ao pensamento de Duguit, que assim se pronuncia (*Direito Público*, p. 285):

"El Consejo de Estado es siempre competente para apreciar el fin que ha determinado el acto y decide la anulacion si estima que el administrador aun mateniendose en los limites formales de su competencia ha perseguido un fin distinto del que la ley consideraba al otorgarle dicha competencia."

Há mister, todavia, se tome na devida consideração que a orientação preconizada pelo insigne jurista, recebe o estímulo de uma circunstância tôda especial. É que naquele país a revisão dos atos administrativos incumbe ao Conselho de Estado, que é um órgão da Administração. É, portanto, a própria Administração que controla os atos dos seus agentes. Ampliar-se dessa maneira o conceito do *desvio de poder* — que outra coisa não é senão o abuso de poder — não é possível entre nós, não só pelo fato de ser atribuição do Judiciário a apreciação dos atos administrativos, como, também, por não o permitirem as nossas tradições. Se o critério adotado pela Administração atende de maneira mais ou menos perfeita ao interêsse coletivo, é questão que deve ser resolvida mediante uma boa política legislativa, e não pela subordinação ao Poder Judiciário.

7. É preciso, porém, se considere que poder discricionário não se confunde com *arbítrio*. Se a verificação do interêsse coletivo, a indagação consistente em saber onde êle se encontra, se situa no campo em que êsse poder atua livremente, ao usá-lo, a Administração não pode, é claro, deixar de se ater ao *fim legal*. Assim, se resultar evidente ter o agente da autoridade transformado o poder discricionário em instrumento de interêsses personalistas, caracterizar-se-á um *abuso de poder* (Constituição, art. 141, p. 24), tornando-se o ato suscetível de ser anulado. A hipótese aproxima-se muito do abuso de direito tal como é hoje entendido no direito privado. Também neste ramo do

direito, o elemento fim adquiriu grande importância, tornando-se marcante a sua influência na validade do ato jurídico. Desapareceu, digamos, a soberania do objeto da declaração da vontade. No procedimento a que nos referimos, vê-se claramente, o ato administrativo se torna passível de anulação, não em virtude do uso do poder discricionário, considerado êste em si mesmo, isto é, pelo acêrto ou desacêrto de determinada providência, mas, sim, pelo fato de se ter procedido à sua utilização para um fim ilícito. Eis o conceito de *desvio de poder,* tal como deve ser entendido entre nós, tendo em vista as nossas tradições. Considerá-lo de maneira tão ampla como fazem os franceses, o que sòmente é possível, como vimos, pelo fato de possuirem êles o Conselho de Estado, significa sujeitar o Brasil a uma experiência capaz de produzir maus resultados. Temos um caso típico de desvio do poder no procedimento, narrado por Duguit (*Direito Público,* p. 288), de certo prefeito, que usou das atribuições que lhe competiam de regular a circulação de carruagens, no interêsse de um empresário de transportes à quem queria favorecer. O Conselho de Estado anulou, não só esta, mas outras decisões proferidas com o mesmo objetivo, por ter havido desvio de poder.

8. Vejamos, agora, examinados os diversos aspectos do ato administrativo, se a Administração pode, como dissemos no início, em face da legislação em vigor, negar autorização de funcionamento às sociedades bancárias cujas ações não revestirem a forma nominativa.

Consigna o art. 4.º do decreto n.º 14.728, que os Bancos e Casas Bancárias nacionais e estrangeiras *só poderão funcionar* com autorização do Govêrno. Devem, também, submeter à aprovação do Govêrno, a fim de produzir efeitos, quaisquer modificações que forem incluídas nos estatutos. Essa imposição fàcilmente se compreende, é uma consequência lógica do disposto no art. 4.º acima citado. A respeito, assim se manifesta Valverde (*Sociedade por Ações,* vol. I, p. 315):

"Qualquer alteração ou modificação dos estatutos dependerá de aprovação do Govêrno federal. Assim já era pelo direito anterior, e se compreende, sem esfôrço, o valor da regra. Pois, se ao Govêrno compete examinar e aprovar, ou não, os estatutos com que se organiza uma sociedade anônima, que dêle depende para se constituir ou funcionar, lógico é que também sejam submetidas à sua apreciação as reformas estatutárias. Do contrário, a lei poderia ser fàcilmente burlada ou fraudada."

Como se vê, em ambos os casos — autorização e reforma —, amplos são os poderes da Administração. Sendo a mais completa a autonomia que a lei lhe dá no que tange à autorização, isto é, à opção, não há deixar de se lhe atribuir, igualmente, ampla liberdade no fixar o critério, ou melhor, as condições que devem ser satisfeitas para que ela seja concedida. Os motivos sôbre os quais a Administração alicerça o seu pronunciamento localizam-se no campo em que se move o poder discricionário, e, portanto, como vimos, não podem ser revistos pelo Judiciário. Assim, desde que não ocorra a hipótese de abuso de direito, o que viciaria o ato, nada impede se subordine a aprovação à nominatividade das ações, afastado, é bem de ver, qualquer critério discriminatório. Favoràvelmente ao ponto de vista que estamos sustentando, assim se manifesta Miranda Valverde (*Sociedades por Ações,* vol. I, p. 136), cujas palavras são de uma clareza meridiana:

"Tem o poder público, no caso, o Govêrno federal, a faculdade de impor a forma nominativa às ações das companhias, cujo funcionamento depende de sua autorização. É um meio que tem para melhor conhecer a orientação da emprêsa."

9. Não temos dúvida em afirmar que o acolhimento ao ponto de vista oposto ao que defendemos sòmente inconvenientes poderá apresentar. A máquina administrativa, principalmente na hora que passa, não se deve sujeitar a atritos e entraves, de maneira a ficar impossibilitada de atender às exigências do acentuado desenvolvimento da ação do Estado. O fluxo crescente das atividades administrativas, reconhece Leonard White, é um dos fenômenos marcantes da evolução do mecanismo estatal de um século a esta parte.