

Volume 8 – Número 1
Junho 2014

**Revista da Procuradoria-Geral
do Banco Central**



**Revista da Procuradoria-Geral do
Banco Central**

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Banco Central do Brasil

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil.
Procuradoria-Geral. Vol. 1, n. 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2014.

Semestral (junho e dezembro)
ISSN 1982-9965

1. Direito econômico – Periódico. 2. Sistema financeiro – Regulação –
Periódico. I. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral.

CDU 346.1(05)

Centro de Estudos Jurídicos
Procuradoria-Geral do Banco Central
Banco Central do Brasil
SBS, Quadra 3, Bloco B, Edifício-Sede, 11º andar
Caixa Postal 8.670
70074-900 Brasília – DF
Telefone: (61) 3414-1220 – Fax: (61) 3414-2957
E-mail: revista.pgbc@bcb.gov.br



BANCO CENTRAL DO BRASIL

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 8 • Número 1 • Junho 2014

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 8 • Número 1 • Junho 2014

© Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral – Cejur

Diretora da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Adriana Teixeira de Toledo – Banco Central, DF

Editora-Chefe da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Rosely Palaro Di Pietro – Banco Central, DF

Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Ricardo Ferreira Balota – Banco Central, DF

Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

João Marcelo Rego Magalhães – Banco Central, DF

Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Conselheiros

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Advocacia-Geral da União, DF

Edil Batista Júnior – Banco Central, PE

Fabiano Jantalia Barbosa – Banco Central, DF

Jefferson Siqueira de Brito Alvares – Banco Central, DF

José Eduardo Ribeiro de Assis – Banco Central, RJ

Lademir Gomes da Rocha – Banco Central, RS

Liliane Maria Busato Batista – Banco Central, PR

Luiz Regis Prado – Ministério Público do Paraná, PR

Marcelo Dias Varella – Centro Universitário de Brasília, DF

Marcelo Labanca Correa de Araújo – Banco Central, PE

Tânia Nigri – Banco Central, SP

Vincenzo Demetrio Florenzano – Banco Central, MG

Consultores

Cassiomar Garcia Silva – Banco Central, DF

Guilherme Centenaro Hellwig – Banco Central, DF

Marcelo Madureira Prates – Banco Central, PR

Bruno Meyerhof Salama – Fundação Getúlio Vargas, SP

Camila Villard Duran – Universidade de São Paulo

Ellis Jussara Barbosa de Souza – Banco Central, RJ

Fabício Bertini Pasquot Polido – Universidade Federal de Minas Gerais

Fabício Torres Nogueira – Banco Central, DF

Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Flavio José Roman – Banco Central, DF

James Ferrer – George Washington University, EUA

João Alves Silva – Banco do Brasil

Leandro Novais e Silva – Banco Central, MG

Luciane Moessa de Souza – Banco Central, RJ

Marcelo Andrade Féres – Procuradoria-Geral Federal

Márcia Maria Neves Correa – Banco Central, RJ

Marcos Antônio Rios da Nóbrega – Universidade Federal de Pernambuco

Marcos Aurélio Pereira Valadão – Universidade Católica de Brasília
Marcus Faro de Castro – Universidade de Brasília
Ney Faeyt Júnior – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Otávio Luiz Rodrigues Júnior – Advocacia-Geral da União
Paulo Sérgio Rocha – Ministério Público Federal
Raul Anibal Etcheverry – Universidad de Buenos Aires, Argentina
Rubens Beçak – Universidade de São Paulo
Vicente Bagnoli – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Wagner Tenório Fontes – Banco Central, PE
Yuri Restano Machado – Banco Central, RS

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo necessariamente o posicionamento do Banco Central do Brasil.

Os pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central passaram por padronização editorial, sem alterações de sentido e de conteúdo.

Procuradoria-Geral do Banco Central

Procurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Subprocurador-Geral Chefe de Gabinete do Procurador-Geral

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Subchefe de Gabinete do Procurador-Geral

Felipe de Vasconcelos Predosa

Procurador-Geral Adjunto

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Subprocuradora-Geral da Câmara de Consultoria Geral

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Procuradora-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria em Organização do Sistema Financeiro

Eliane Coelho Mendonça

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Internacional, Monetária e em Regimes Especiais

Igor Arruda Aragão

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro

Danilo Takasaki Carvalho

Subprocurador-Geral da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

Procuradora-Chefe da Coordenação-Geral de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal

Viviane Neves Caetano

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Flavio José Roman

Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Administrativa e Assuntos Penais

Arício José Menezes Fortes

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Administrativa

Leonardo de Oliveira Gonçalves

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria e Representação Penal

Cassiomar Garcia Silva

Subprocuradora-Geral da Câmara de Gestão Legal
Adriana Teixeira de Toledo

Procurador-Chefe do Banco Central no Distrito Federal
Milton Zanina Schelb

Procuradora-Chefe do Banco Central no Rio de Janeiro
Fátima Regina Máximo Martins Gurgel

Procurador-Chefe do Banco Central em São Paulo
César Cardoso

Procurador-Chefe do Banco Central no Rio Grande do Sul
Lademir Gomes da Rocha

Procurador-Chefe do Banco Central em Pernambuco
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

Procuradora-Chefe do Banco Central no Estado da Bahia
Conceição Maria Leite Campos Silva

Procurador-Chefe do Banco Central no Estado do Ceará
Jader Amaral Brilhante

Procurador-Chefe do Banco Central no Estado de Minas Gerais
Leandro Novais e Silva

Procuradora-Chefe do Banco Central no Estado do Pará
Ana Leuda Tavares de Moura Brasil

Procuradora-Chefe do Banco Central no Estado do Paraná
Liliane Maria Busato Batista

Sumário

Editorial

Apresentação

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos _____ 13

Nota da Edição

Ricardo Ferreira Balota _____ 17

Artigos

A (Des)Ordem Econômica na Constituição Portuguesa de 1976 –
Um estudo de caso da ineficácia constitucional como consequência do
pathos social destoante do *ethos* legislativo

Edil Batista Júnior _____ 19

Desobediência Civil e Dever Fundamental de Pagar Impostos

Alessandro Vendramini Langerhorst _____ 43

Pontos Relevantes da Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira –
Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013

João Marcelo Rego Magalhães _____ 57

A Restrição à Reclamação Constitucional que Invoca os “Motivos
Determinantes” do Controle de Constitucionalidade: – Breve abordagem à
luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Hermes Bezerra de Brito Júnior _____ 85

Notas Gerais e Críticas sobre o Regime dos Bens Públicos
Leandro Sarai _____ 103

Segurança Cibernética e Desafios da Internet
Edmundo Oliveira _____ 137

Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 195/2013-BCB/PGBC
Parecer que analisa a questão jurídica relativa à extensão da inoponibilidade do sigilo bancário ao poder fiscalizador do Banco Central do Brasil, à luz do conceito de “funções de fiscalização” contido nas disposições da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.
Márcio Rafael Silva Laeber, Eliane Coelho Mendonça e Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira _____ 167

Petição 1464/2014-BCB/PGBC
Petição requerendo a admissão do Banco Central do Brasil como *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Solidariedade, para que sejam declarados inconstitucionais o art. 13, caput, da Lei nº 8.036, 11 de maio de 1990, e o art. 17, caput, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, que estipulam a Taxa Referencial (TR) como índice de remuneração dos saldos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).
José Augusto Sansoni Soares, Fabiano Jantalia Barbosa, Flavio José Roman, Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho e Isaac Sidney Menezes Ferreira _____ 179

Parecer Jurídico 184/2013-BCB/PGBC
Parecer que analisa dispositivos da Medida Provisória nº 615, de 17 de maio de 2013, que dispõe, entre outros assuntos, sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB).
Danilo Takasaki Carvalho e Cristiano de Oliveira Lopes Cozer _____ 213

Parecer Jurídico 139/2014-BCB/PGBC

Parecer que analisa o interesse do Banco Central do Brasil em atuar na condição de *amicus curiae* em Recurso Especial representativo de controvérsia multitudinária sobre a natureza dos sistemas de 'score' de crédito e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor.

Marcio Vidal de Campos Valadares, Flavio José Roman e

Isaac Sidney Menezes Ferreira _____ 229

Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do

Banco Central _____ 249

Apresentação

E lá se vão quase sete anos desde que veio a lume o primeiro número da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC).

Contemplando o caminho percorrido de lá para cá, pode-se reconhecer, com satisfação, o acerto profético do que se prognosticava em relação à Revista, já por ocasião daquele primeiro número, em suas mensagens de apresentação.

Com efeito, antevia-se como destino da publicação, naquele momento inaugural, o de contribuir para que se aliassem parâmetros de eficiência econômica e de promoção da justiça no horizonte de reflexão sobre o agir do Banco Central, ao influxo da interdisciplinaridade entre Direito e Economia, tão própria do campo de atuação do seu órgão jurídico. Antevia-se, também, a oportunidade de trazer ao conhecimento dos juristas, sem preconcepções limitantes, elementos da lógica intrinsecamente republicana subjacente aos mecanismos da política econômica voltados à conquista e à preservação da estabilidade monetária e da estabilidade financeira.

Preunciava-se o papel da Revista, em suma, como o de um espaço de diálogo entre Direito e Economia, ordenamento normativo e realidade, jurisprudência e política econômica, predisposto, sobretudo, a contribuir para o enriquecimento do debate público sobre a conformação jurídica da política econômica, ou de questões direta ou indiretamente relacionadas a sua condução, notadamente no tocante à moeda e ao sistema financeiro.

E, de fato, todos os grandes temas próprios desse contexto repercutiram na Revista da PGBC ao longo desses seus primeiros sete anos. Os desafios ligados à estabilização monetária entre as décadas de 1980 e 1990, ao subsequente saneamento do Sistema Financeiro Nacional (SFN), ao aprimoramento dos seus patamares de transparência, competitividade e resiliência, como foco da regulação em tempo de estabilidade, bem como os desafios ligados ao enfrentamento da crise financeira internacional de 2008 e de suas recidivas,

todos eles encontraram eco, direta ou indiretamente, no acervo de temas já abordados nos números da Revista.

Nessa linha, sucederam-se artigos, petições e pareceres que perpassaram variados assuntos, como – só para citar alguns exemplos – o debate judicial em torno dos denominados planos monetários; a disciplina jurídica do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do SFN (Proer); correlação entre política monetária e estabilidade financeira; prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo; políticas de responsabilidade socioambiental e sustentabilidade no contexto do mercado financeiro; experiências regulatórias internacionais; mecanismos de cooperação internacional em questões de política monetária e de regulação e supervisão financeira; tarifas bancárias; sistema BacenJud; direito administrativo sancionador no âmbito da supervisão financeira; sigilo bancário; regimes especiais; administração das reservas internacionais; inovações financeiras; Sistema de Informações de Crédito (SCR); implementação de diretrizes de Basileia; papel social do Banco Central; atuação do Fundo Garantidor de Créditos (FGC); medidas pós-crise; intercâmbio de informações com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM); e correlação entre a atuação de instituições do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e atribuições das autoridades de regulação e supervisão do SFN.

Não limitada a esse tipo de temática associada de modo mais estreito à área de atuação específica do Banco Central, a Revista da PGBC sempre esteve de portas abertas, também, para reflexões de caráter mais geral, embora igualmente fundamentais para a adequada compreensão do cenário jurídico-institucional em meio ao qual se desenvolve a atuação da autarquia. Assim se deu, em especial, no tocante aos campos do Direito Processual, Constitucional, Administrativo, Penal, Tributário e do Consumidor, bem como no plano especulativo de abordagens mais abstratas sobre bases conceituais do Direito Econômico.

Bem se sabe quão corriqueiro é, em apresentações de mais um número que se soma à linhagem de um periódico, celebrar os anos alcançados pela publicação, ressaltando o papel do seu novo número como o do atleta para o qual se passa o bastão, numa cadeia cujo valor reside, sobretudo, nessa sucessão evolutiva que vem desaguar na obra que se apresenta.

Não tive a menor pretensão de fugir desse lugar comum. Por aí mesmo fui, contemplando, na bela infância da Revista da PGBC, o caminho que chega a este

número com textos de escol sobre arranjos de pagamento, escore de crédito, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), sigilo bancário, crimes cibernéticos, desobediência civil e inadimplência tributária, aspectos da Lei Anticorrupção, eficácia normativa, reclamação constitucional e regime dos bens públicos.

A mesa, como se vê, continua farta e convidativa, honrando a tradição firmada nas edições anteriores.

Concluindo-se assim tão a contento, os primeiros sete anos da Revista da PGBC decerto justificam a confiança de que o periódico, tal como Jacob no soneto de Camões, “Começa de servir outros sete anos, dizendo: mais servira, se não fora para tão longo amor tão curta a vida”.

Que seja longa, então, a vida de nossa Revista, rejuvenescida a cada novo número, para que seja ainda mais longo o impulso que move os autores dos seus textos, e para que, mantida a linha camoniana, o espalhem por toda parte, se a tanto ajudar engenho e arte – e não apenas à espera de Raquel, como no soneto, mas sob a inspiração de todas as musas, por ser essencialmente poligâmica a fidelidade ao caminho da reflexão e do conhecimento.

Apresentando esta edição da Revista da PGBC como uma bela passagem nesse caminho, desejo, pois, ao leitor que, ao andar por seus textos, permita-se o flerte com seus *insights*, o namoro com suas ideias e, quem sabe, até o casamento com alguns de seus temas, para que se criem novos textos, que, em boa medida, são mesmo como filhos para quem os escreve.

Brasília, 5 de setembro de 2014.

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos
Subprocurador-Geral do Banco Central
Chefe de Gabinete do Procurador-Geral

Nota da Edição

É com grande satisfação que a Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil (PGBC) lança o número 1 do volume 8 da sua Revista, editado no primeiro semestre de 2014.

Nesta edição, a Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central oferece ao leitor da comunidade jurídica artigos sobre uma gama de assuntos. De fato, os artigos publicados abordam, com notável proficiência, temas de Direito Econômico, Processual, Administrativo e Penal. Os artigos distinguem-se pela abordagem crítica e inovadora, que tornam sua leitura uma experiência interessante e profícua.

O primeiro artigo, A (Des)Ordem Econômica na Constituição Portuguesa de 1976 – Um estudo de caso da ineficácia constitucional como consequência do *pathos* social destoante do *ethos* legislativo, apresenta uma reflexão sobre a eficácia normativa da Constituição Portuguesa e as transformações sociais verificadas na *praxis* da pátria lusitana.

No segundo artigo, Desobediência Civil e Dever Fundamental de Pagar Impostos, o autor reflete sobre o não pagamento de tributos como um ato de desobediência civil, justificado pelo caráter confiscatório da exação, partindo da caracterização da possibilidade de desobediência civil como um direito fundamental.

No artigo seguinte, Pontos Relevantes da Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira – Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, o autor apresenta, sob o pano de fundo de uma análise crítica da nova lei anticorrupção brasileira, o panorama do regime jurídico relativo à aplicação de sanções administrativas a pessoas jurídicas, em face de atos lesivos às licitações, com destaque para a independência de instâncias.

O artigo seguinte, A Restrição à Reclamação Constitucional que Invoca os Motivos Determinantes do Controle de Constitucionalidade – Breve abordagem à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstra que o Supremo Tribunal Federal, em mais um caso de jurisprudência defensiva, vem restringindo

a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no âmbito das reclamações constitucionais.

Por seu turno, o próximo artigo, Notas Gerais e Críticas sobre o Regime dos Bens Públicos, apresenta uma análise da aquisição, da gestão e dos modos de desfazimento de bens pela Administração Pública, à luz do regime jurídico próprio dos bens públicos.

Esta edição da Revista contém ainda o artigo Segurança Cibernética e Desafios da Internet, que trata dos desafios com que o Estado se depara, no século XXI, para impor limites à criminalidade cibernética e para encontrar soluções para as crises sociais nutridas na dinâmica da globalização.

A seção de pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central conta com as seguintes manifestações jurídicas da PGBC: um parecer sobre a questão jurídica relativa à extensão da inoponibilidade do sigilo bancário ao poder fiscalizador do Banco Central do Brasil, à luz do conceito de “funções de fiscalização” contido nas disposições da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001; uma petição em que se requer a admissão do Banco Central do Brasil como *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Solidariedade, para que sejam declarados inconstitucionais o art. 13, caput, da Lei nº 8.036, 11 de maio de 1990, e o art. 17, caput, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, que estipulam a Taxa Referencial (TR) como índice de remuneração dos saldos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); um parecer que analisa dispositivos da Medida Provisória nº 615, de 17 de maio de 2013, que dispõe, entre outros assuntos, sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB); e um parecer que analisa o interesse do Banco Central do Brasil em atuar na condição de *amicus curiae* em Recurso Especial representativo de controvérsia multitudinária sobre a natureza dos sistemas de *score* de crédito e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor.

Boa leitura!

Brasília, 30 de junho de 2014.

Ricardo Ferreira Balota

Editor-Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

A (Des)Ordem Econômica na Constituição Portuguesa de 1976 – Um estudo de caso da ineficácia constitucional como consequência do *pathos* social destoante do *ethos* legislativo

Edil Batista Júnior*

Introdução – À guisa de compreensão do caso estudado. 1 A praxis histórica capitalista da ordem econômica portuguesa. 2 A guinada da retórica material socialista revolucionária na Constituição de 1976. 3 A desvinculada retórica prática do legislador ordinário e o esvaziamento ideológico das revisões constitucionais. 4 A morte da retórica prática socialista ante a manutenção da retórica material capitalista proporcionada pela resistência cético-social.

Resumo

Este artigo tem por objetivo demonstrar que a eficácia normativa depende menos da suposta força ontológica do Direito do que da crença social no seu valor representativo. Utilizando a experiência constitucional portuguesa como estudo de caso, defende a tese de que a eficácia do Direito se associa, de forma atávica, ao caráter persuasivo do fenômeno jurídico, e seu sucesso, nomeadamente nos regimes democráticos, depende, em razão direta, da adesão patético-popular.

Palavras-chave: Vinculatividade normativa. Constituição. Perspectiva cética. Retórica. *Ethos*, *pathos* e *logos*.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Procurador do Banco Central em Recife, Professor da Faculdade Maurício de Nassau (UNINASSAU).

The Economic (Dis)Order in the Portuguese Constitution of 1976 - (A case study of the constitutional ineffectiveness of the jarring social pathos in relation to the legislative ethos)

Abstract

This article aims to demonstrate that the normative efficacy depends less on the supposed ontological force of Law than the social belief in its representative value. Using the Portuguese constitutional experience as a case study, it supports the thesis that the efficacy of Law associates intimately with the persuasive character of the juridical phenomenon and its success, particularly in the democratic regimes, depends, in a direct ratio, on the pathetic-popular adhesion.

Keywords: Normative binding. Constitution. Skeptical perspective. Rhetoric. Ethos, pathos and logos.

Introdução – À guisa de compreensão do caso estudado

No momento em que a sociedade brasileira traz à tona discussões que envolvem temas jurídicos fundamentais, tais como a liberdade de manifestação, a bioética, o direito feminino de dispor do próprio corpo, a união homoafetiva, a necessidade de real efetivação dos direitos sociais, ultrapassando a letargia do legislador, acuado pelas mudanças que a pós-modernidade impôs à vida contemporânea, ressurgem, no meio jurídico, discussões adormecidas, mas nunca verdadeiramente ultrapassadas. Algumas dessas discussões dizem respeito à vinculatividade dos princípios jurídicos; à força normativa constitucional (HESSE, 1991, p. 15 e ss.); e, o que interessa diretamente a este artigo, ao desequilíbrio social decorrente da ausência de sintonia entre Constituição e *praxis*.

Utilizando como objeto de estudo a recente história portuguesa, a partir de meados dos anos 70, em que se fez sua abertura democrática, este texto pretende demonstrar de que maneira a disfunção do binômio *ethos* legislativo/*pathos* social proporciona ruptura entre a pretensão normativa e a realidade social, construindo universos paralelos em que se colocam o ser e o dever-ser.

A Constituição portuguesa de 1976 está perto de completar quarenta anos e, embora seja mais de uma década mais velha que a Constituição brasileira, recebeu bem menos emendas que esta. Isso não importa dizer, contudo, que o espírito do seu texto original sobreviva, ao menos no que tange à ordem econômica, cujo conteúdo foi fruto de processo de mutação constitucional poucas vezes visto na história ocidental recente.

Para compreender o cenário estudado, inicialmente será elaborado um conceito de regime econômico (dentro do universo do que se denomina Constituição Econômica). Após isso, será feita breve incursão histórica no constitucionalismo português, relativamente à ordem econômica dos textos de 1822, 1826, 1938, 1911 e 1933, caracterizando os diversos ciclos existentes e assinalando o que de mais importante existiu em cada um deles.

Em seguida, analisar-se-á a evolução do conceito de ordem econômica na Constituição de 1976. Para tanto, será resgatado o momento pré-constitucional, ou de transição, do regime político autoritário para o democrático, no período que compreende a Revolução dos Cravos, em 25 de abril de 1974, até a promulgação da atual Constituição, em 25 de abril de 1976.

É importante compreender a conjugação das forças políticas existentes naquele delicado momento, em que uma frágil democracia se instalou sob a severa desconfiança militar, o que proporcionaria, de um lado, tolerância à manutenção do Estado Revolucionário, com permanência do Conselho da Revolução, de outro, um amálgama partidário sem precedentes, estabelecido sob a forma compromissória, com vistas a alcançar a abertura do regime para consolidar a opção democrática.

Exatamente por esse motivo, a organização econômica constitucional materializou a ideologia socializante que buscou romper com o Estado Novo corporativista salazarista, no sentido da constituição de um Estado democrático com regime econômico de transição para o socialismo, tal como expressado em seus artigos.

Como se verá, contudo, a prática constitucional que seguiu à promulgação da Constituição (bem como aquela decorrente da primeira e da segunda revisão constitucional) evidenciou a viragem político-econômica e a consolidação da opção capitalista de mercado em detrimento do modelo socialista constitucional.

Tendo como pano de fundo a gênese e o fado da estrutura econômica da Constituição portuguesa de 1967, buscar-se-á demonstrar as consequências advindas do abismo gnosiológico que há entre o ideário normativo constitucional e a retórica prática (ADEODATO, 2009, p. 15 e ss.) do cidadão comum e dos operadores do direito em particular.

1 A *praxis* histórica capitalista da ordem econômica portuguesa

Estipula-se Constituição Econômica o conjunto de regras e princípios fundamentais que regem juridicamente a organização e o funcionamento da economia de uma dada comunidade política (FRANCO, 1982, p. 2). A ordem econômica constitucional estabelece abstratamente a forma pela qual será estruturado o sistema econômico do Estado, definindo a propriedade, pública ou privada, dos meios de produção, sua gestão e o controle social (SOUSA, 1979, p. 314). Infere-se, destarte, que a ordem econômica constitucional, na perspectiva do dever ser, é a parcela do direito que regra normativamente as questões político-econômicas institucionalizadoras de determinada economia no Estado.

Tem-se, assim, como conceito objetivo de ordem econômica constitucional, o conjunto de normas ou instituições jurídicas que realizam determinada política econômica no sentido concreto (ou, em outras palavras, o seu regime econômico), regulando os meios sociais de produção, os limites da intervenção e da atuação do Estado nessa mesma ordem e na iniciativa privada.

Considerando a experiência lusitana de 1976, pode-se afirmar, resumidamente, sem considerar a existência de regimes híbridos residuais, a existência de três grandes modelos de regimes econômicos:

- a) regime econômico capitalista, no qual o modo de produção principal é voltado para o lucro, ainda que residualmente coexistam elementos que caracterizem outro sistema;
- b) regime econômico socialista, no qual o modo de produção principal é voltado para o social, ainda que residualmente coexistam elementos que caracterizem outro sistema;

c) regime econômico de transição entre o capitalismo e o socialismo, no qual coexistam elementos típicos do modo de produção capitalista e do modo de produção socialista, e ainda exista a declarada opção político-constitucional de mudança de um regime para o outro (SOUSA, 1979, p. 317).

Descartando a ordem pré-constitucional portuguesa (FRANCO, 1993, p. 107), cuja análise importaria em investigação infinitamente maior do que a proposta, constata-se que a questão econômica (MARTINS, 1984, p. 10) sempre esteve presente nos textos constitucionais daquele país (MIRANDA, 1976, p. XXX).

A primeira Constituição portuguesa, de 1822, foi dividida em seis títulos, dedicando sua última parte para cuidar “do governo administrativo e econômico”. Na esteira do pensamento liberal da época, relaciona o direito de propriedade entre os chamados direitos fundamentais. Esse texto, embora tímido, de vida efêmera, projetou dois postulados fundamentais para a ordem jurídica do regime econômico capitalista: a liberdade econômica (conceito subsumido à ideia de liberdade geral) e a propriedade privada (ALMEIDA, 1982, p. 11).

A Constituição de 1826, por sua vez, foi a grande responsável pela ruptura com o *Ancien Régime*, ao acentuar o elemento econômico verdadeiramente liberal, com o sufrágio direto censitário em razão dos rendimentos dos cidadãos portugueses e com a liberdade de trabalho e de iniciativa econômica, ao lado do reconhecimento da propriedade intelectual. Durante sua vigência, afirmou-se o caráter pleno da propriedade, ao serem abolidos, entre outros, os direitos reais sobre a propriedade imobiliária, os dízimos eclesiásticos e os encargos feudais. O comércio foi estimulado com a extinção das portagens, com a abolição dos direitos de pesca e com a reorganização das alfândegas, mormente com a revogação dos privilégios da Companhia do Alto Douro.

Ainda sob a vigência da Carta de 1826, foram desferidos golpes mortais contra o corporativismo, ao se proibir, até mesmo pelo Código Penal, a associação de trabalhadores. Iniciou-se um ciclo de privatizações, com a transferência para a nova burguesia dos bens nacionais e de ordens e congregações religiosas.

A Constituição de 1838 manteve as garantias do texto de 1822 relativas à liberdade e à propriedade privada. Ela foi dividida em onze partes e dedicou os títulos 3º, 8º e 9º aos “direitos e garantias dos portugueses”, ao “governo administrativo e municipal” e à “Fazenda Nacional”, respectivamente. Esse texto foi substituído pela terceira e última vigência da Carta de 1826, no período de

1842 a 1910, ocasião em que se consolidou o regime político-econômico liberal em Portugal.

Merece especial destaque, no texto constitucional de 1838, o § 2º do art. 23, que tornou irrevogável a venda dos bens nacionais feita em conformidade com as leis, norma em direta oposição à Lei Fundamental editada em 1976, que tornou irreversível a nacionalização de parte da economia.

A Constituição de 1911, dividida em sete títulos, ainda relacionou a propriedade entre os direitos fundamentais, ao lado da liberdade de trabalho, indústria e comércio. Sua principal inovação no campo econômico, contudo, foi a agregação dos ideais republicanos, a par da tradição individualista, no sentido de se buscar a igualdade social, com a negação de privilégios de nascimento, de foro de nobreza e de títulos nobiliárquicos.

Nesse sentido, merecem registros o alargamento da competência estatal para restringir a liberdade de trabalho e empresa (art. 26º), bem como, na legislação ordinária que lhe seguiu, o Decreto nº 5.411, de 17 de abril de 1919, e a Lei nº 1.662, de 4 de setembro de 1924, que introduziram restrições à liberdade contratual no regime do arrendamento urbano (inquilinato).

Vê-se, assim, que, em certo grau, todos os textos liberais portugueses contêm uma Constituição econômica, na medida em que marcam o rompimento com o regime antigo, assegurando o direito de propriedade, garantindo a livre empresa (ou ambos) ou limitando o endividamento do Estado.

Resumidamente, o que caracteriza o ciclo liberal na ordem econômica constitucional portuguesa é: a) a garantia da propriedade privada, elevada à categoria de pilar da Constituição; b) a consagração do trinômio: liberdade, segurança e propriedade; c) a consagração do sistema métrico decimal, em 1852, implementado definitivamente em 1859, que se traduziu em instrumento fundamental da racionalidade capitalista; d) a abolição gradual da escravatura, que representou uma transformação liberal do sistema de produção; e) a formação de monopólios sucessivamente concedidos a companhias privadas.

A Constituição de 1933 representou novo marco na esfera da atuação econômica do Estado português e merece especial destaque nessa explanação da adoção das retóricas prática e material liberal-capitalista na história constitucional lusitana. No que tange à parte econômica, formalizaram-se, pela primeira vez, os domínios próprios da “*ordem econômica e social*”, na esteira da Constituição

de Weimar, que conferiu ao tema tratamento particular, abandonando os perfis de estatuto organizatório liberal (FRANCO, 1993, p. 121) adotados pelas Constituições anteriores (SOUSA, 2000, p. 27) e, finalmente, erigindo caráter de Constituição programática-dirigente (CANOTILHO, 1986, p. 266), baseada primordialmente em perspectiva intervencionista (SANCHES, 2000, p. 19).

É consabido que o pensamento liberal apresenta visão atomística da ordem econômica, razão pela qual não fala em grupos, senão em sujeitos individuais. O texto de 1933, contrariamente, passou a considerar os interesses econômicos de organismos intermediários, ao se situar entre o indivíduo e o Estado. De se ressaltar, contudo, que o predomínio do dirigismo e da intervenção estatal não estava ligado ao caráter ideológico do sistema, por assim dizer, senão à necessidade da presença do Estado como atenuador da depressão econômica característica dos anos 30, tal como ocorrera com o *New Deal*, de Franklin Delano Roosevelt, nos Estados Unidos da América.

O tratamento à ordem econômica dado pelo texto de 1933, portanto, não foi apenas programático, sendo, por vezes, ambíguo. Se, de um lado, consagrou a função social da propriedade e a associação do trabalho à empresa, de outro proibiu as greves e a ação sindical fora das “*corporações econômicas reconhecidas pelo Estado*”, em franca cooptação do movimento sindical. Com o poder de coordenar e regular a vida econômica e social, e com o dever de favorecer as atividades econômicas particulares, passou a existir em Portugal uma “*economia nacional corporativa*” (FRANCO, 1993, p. 120).

Percebe-se, assim, que, no fundo, embora a experiência corporativista alegasse pretender constituir novo sistema social, na verdade sua função foi burocratizar os regimes capitalistas em que o modelo fora implementado. Dessa forma, o corporativismo instalado em Portugal, no fundo, apresentou-se não como um modelo genuíno, senão como mera regulação estatista da atividade econômica capitalista pelos burocratas e pelos produtores, jamais pelos trabalhadores em geral.

Reconhece-se, na lógica do sistema do regime corporativo português, a presença de elementos do sistema econômico capitalista, um capitalismo condicionado ou controlado. Isso ocorreu sobretudo, nos últimos anos do regime, quando foram acentuados o papel da iniciativa privada e o da liberdade de trabalho. O mais correto, portanto, seria distinguir dois momentos no regime

corporativo português (FRANCO, 1993, p. 132): o que se instalou a partir de 1933 e o que se praticou a partir do final da Segunda Grande Guerra.

Na primeira fase, com um regime político nitidamente antidemocrático, houve predomínio da direção estatal, com o protecionismo no comércio externo e o nacionalismo no regime dos capitais estrangeiros, as políticas de contenção de preços de matérias-primas nacionais ou coloniais e de preços administrativos internos, além do chamado condicionamento industrial, com a prática de acesso à indústria dependente do juízo discricionário do governo.

Além disso, esse quadro é completado pela busca de estabilidade legislativamente imposta, a traduzir-se na estabilidade social (sindicalismo oficial, contenção de salários, caráter público dos organismos corporativos), na estabilidade econômica (regime de monopólio ou oligopólio assegurado por condicionamento industrial, recusa da concorrência, estabilidade de preços de matérias-primas etc.).

No segundo momento, no pós-guerra, foram estabelecidas condições para a abertura ao capital externo e para o incentivo industrial interno. Foi a época de ouro da economia mista, com a participação privada e estatal na indústria de petróleo, de eletricidade, de navegação, nos transportes aéreos, nos transportes marítimos e terrestres. Abrandou-se a legislação corporativista, apesar de se manter a proteção aos interesses estabelecidos e de se introduzirem novas áreas de regulamentação estatal.

A lógica capitalista ressurgiu ainda com mais vigor, nos últimos anos do corporativismo inaugurado em 1933, quando, na revisão constitucional de 1971 (Lei nº 3, de 16 de agosto de 1971), embora mantido o essencial da Constituição, afloraram e se reafirmaram elementos neoliberais, ao se incluir, entre os objetivos da direção econômica do Estado, *“estimular a iniciativa privada e a concorrência efectiva, sempre que esta contribua para a racionalização das actividades produtivas”* (art. 31, § 6).

Nesse sentido, justifica-se, até mesmo, a abertura liberalizante ao exterior proporcionada por Marcelo Caetano, na qualidade de presidente do Conselho do Estado, nomeadamente no domínio industrial, não apenas em razão da absoluta escassez de recursos financeiros proporcionada pelas guerras coloniais, mas, sobretudo, como consequência da necessidade de maior desenvolvimento econômico e da necessária integração da economia portuguesa à economia

internacional concorrencial, cada vez menos compatível com o protecionismo das ordens corporativas.

2 A guinada da retórica material socialista revolucionária na Constituição de 1976

A Constituição portuguesa de 1976 foi a mais complexa da história lusitana, por receber os efeitos do denso e heterogêneo processo político do tempo de sua formação, por aglutinar contributos de partidos e forças sociais em lutas, por beber em diversas fontes ideológicas internacionais e por refletir a anterior experiência constitucional do país (MIRANDA, 1997, p. 9).

Seu preâmbulo demonstra que seus fundamentos foram a “democracia representativa e a liberdade política”, tendo sido elaborada com vistas a “*promover a transição para o socialismo*”, na primeira fase, e, posteriormente, “*realizar a democracia económica social e cultural*”. Fruto de um momento de repulsa ao passado recente ditatorial, foi um texto marcado pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos em geral e dos trabalhadores em particular, pautado em um compromisso partidário imposto muito mais pelas circunstâncias históricas do que por opção política.

Se, com exceção do texto de 1933, os elementos que caracterizam a questão econômica das Constituições portuguesas são embrionários, em 1976 o tema se expande e se solidifica pela presença marcante da técnica e da questão econômica. Além disso, há necessidade de sua regulação, o que representa desafio permanente da nova ordem jurídica constitucional. A organização econômica passou a ser princípio fundamental do Estado, desenvolvendo-se pela coexistência dos três setores de propriedade dos meios de produção: público, cooperativo e privado (MIRANDA, 1987, p. 3).

Ao formalmente recepcionar a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16º, nº 2), o texto de 1976 contrariou o pensamento liberal ortodoxo e colocou a propriedade em sede de direitos econômicos, sociais e culturais, evidenciando sua relevância como instrumento ou produto do trabalho. Percebe-se, com a guinada axiológica da economia, que os “*constituintes pretenderam construir uma organização económica singular, conjugando o*

princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção, um socialismo autogestionário e a iniciativa privada” (MIRANDA, 1997, p. 15).

Para melhor entender a complexidade da Constituição de 1976, contudo, necessário se faz analisar o momento histórico que antecedeu à sua promulgação, eis que ela é sua consequência direta.

No início da década de 70 do século passado, a vida econômica em Portugal encontrava-se desorganizada, sobretudo devido às guerras na África, seguida de contínuo e crescente descontentamento econômico e político das diversas camadas da população. A Revolução dos Cravos, como ficou conhecido o levante de 25 de abril de 1974, pôs fim à ditadura salazarista e foi caracterizada por três momentos distintos: a) inicialmente, um conservadorismo moderado, marcado pela democracia; b) posteriormente, um radicalismo de esquerda, que ficou conhecido como o Verão Quente de 75¹, com nacionalização dos bancos e intervenção forte na ordem econômica por parte do governo; c) finalmente, a reação moderada, desviando o curso revolucionário para o centro (GOMES, 1988, p. 133).

O projeto do Movimento das Forças Armadas, que balizou todo o período revolucionário, asseverou, em tom proclamatório-socializante, que o Governo Provisório adotaria medidas que permitissem a vigilância e o controle rigorosos de todas as operações econômicas e financeiras com o estrangeiro, lançando os fundamentos de nova política econômica posta a serviço do povo português, em particular das camadas da população mais desfavorecida (argumentos inspirados na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, da antiga União Soviética).

Esse discurso pré-constitucional estabeleceu a forte intervenção do Estado na economia, por meio das seguintes políticas: a) instituição do salário mínimo nacional; b) elaboração da lei de greve; c) regulamentação da contratação e dos despedimentos coletivos; d) congelamento dos preços determinado pelo I Governo Provisório; e) restrições ao exercício do direito de propriedade plena, seja pelas nacionalizações, seja pelas limitações ao gozo do exercício de certos poderes inerentes ao domínio; f) requisições de técnicos de empresas privadas;

1 Foram estatizadas todas as atividades bancárias, com exceção das instituições com capital estrangeiro, todas as empresas de transportes viário, ferroviário, aéreo e marítimo, além dos setores industriais de base. Por fim, foram estatizadas as empresas de comunicação social.

g) limitações ao princípio do *pacta sunt servanda*; h) formulação de dispositivos tendentes à realização da reforma agrária; i) ocupação de bens ou empresas, com vistas à autogestão (expropriação autogestionária); j) adoção do tipo penal sabotagem econômica etc.

Foi dessa forma que a Constituição portuguesa de 1976 materializou o discurso socializante que evidenciavam as plataformas de acordo constitucional entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos políticos (GOMES, 1988, p. 150): a ruptura com o Estado Novo corporativista salazarista, no sentido da constituição de um Estado democrático com regime econômico de transição para o socialismo (CANOTILHO, 1978, p. 192), tal como expresso em seus artigos.

O preâmbulo constitucional afirmou que a democracia representativa e a liberdade política visavam a promover, na primeira fase, a transição para o socialismo e, posteriormente, realizar a democracia econômica social e cultural. A retórica prática socialista visou, destarte, à construção de uma organização econômica singular, conjugando o princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção, um socialismo autogestionário e a iniciativa privada.

3 A desvinculada retórica prática do legislador ordinário e o esvaziamento ideológico das revisões constitucionais

Embora dotados do atributo de vinculatividade, os comandos constitucionais de viés socialista foram transformados em meras proclamações desprovidas de eficácia, em parte por ações do legislador ordinário/revisor, em parte, por ações do próprio governo e, nomeadamente, em razão do sentimento popular divergente. Inúmeros atos inequívocos, antes de consagrarem uma forma socialista de mercado, promoveram o retorno ao capitalismo, em manifesta prática *contra legem*, sintonizada com o *pathos* social lusitano, fruto de uma construção histórica secular.

Foi assim, por exemplo, com a Lei nº 46, de 8 de julho de 1977, que, ao tratar da delimitação da produção, abriu diversos segmentos da economia à iniciativa privada, esclareceu a inexistência de nacionalização de setores, possibilitou a criação de intermediários financeiros privados e previu a concessão de exploração de empresas públicas por entidades de capital privado, em caminho contrário à

Constituição. O mesmo se pode afirmar da Lei nº 77, de 29 de setembro de 1977, que trouxe as Bases Gerais da Reforma Agrária, ao ampliar os critérios de concessão de reservas e, em certo grau, ao abrir caminho para a clarificação jurídica do estatuto das terras expropriadas. Também a Lei nº 80, de 26 de outubro de 1977, que, ao tratar das indenizações, efetivou o direito do particular à indenização em títulos por terras expropriadas e empresas nacionalizadas, contrariando a determinação constitucional.

Todos esses diplomas consagraram as primeiras inserções lusitanas pós-constitucionais nos quadros próprios da economia de mercado e correspondem ao início da viragem legislativa que culminaria com as revisões constitucionais de 1982 e 1989. Essa mudança evidenciou a existência de um intransponível fosso entre as proclamações ideológicas constitucionais pretensamente vinculativas e as normas ordinárias que efetivamente regularam a atividade econômica em Portugal.

No que tange aos atos políticos, os programas de governo apresentados nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1976 solenemente ignoraram a determinação constitucional de construção do socialismo. O setor privado, que deveria ser colocado em condição residual e subalterna, relativamente aos setores público e cooperativo, findou fortalecido pela retórica material cotidiana daquele país.

Na apresentação do programa do II Governo Constitucional, que vigorou de 30 de janeiro de 1978 até julho daquele ano, evidenciou-se o caráter de supremacia do segmento privado e da economia de mercado, ao ser afirmado o peso majoritário daquele setor na economia portuguesa. A atuação das empresas públicas ou das unidades cooperativas que se defrontavam e concorriam, quer no que respeitasse aos fatores de produção, quer no que se referisse aos produtos, implicava reconhecimento do mercado como fonte de dados importantes para a racionalidade da economia portuguesa, tornando-a flexível nos seus ajustamentos ou adaptações, evitando o voluntarismo renunciador de objetivos irrealizáveis.

Com essa linha de raciocínio, tornou-se projeto político de governo, em clara oposição ao determinado pelo texto constitucional, o estímulo ao setor privado. A dimensão desse setor, particularmente no domínio do emprego e da produção destinada à exportação e ao abastecimento interno, e o reconhecimento explícito de que a iniciativa privada exercia papel fundamental para a prossecução da

vocação econômica do país, justificaram que fossem asseguradas condições de funcionamento e de estímulo ao seu desenvolvimento.

Percebe-se, portanto, que, nos anos que seguiram à entrada em vigor da Constituição de 1976, de viés social-marxista, na prática ocorreu uma contrarreforma gradual e permanente. Embora o imaginário socialista constituinte pretendesse alterar as estruturas da propriedade dos meios de produção em Portugal, a manutenção, no período de transição econômica, de três setores de propriedade (público, cooperativo e privado) propiciou a constante valoração do setor privado, tido, então, não mais como residual, senão como fundamental para o desenvolvimento econômico do Estado português. Foi o começo da vitória da retórica material desvinculada do discurso constitucional estatizante, que caminhava na contramão do *ethos*, do *pathos* e do *logos* europeu-ocidental.

No início da década de 80, o término do período de transição política (MIRANDA, 1980, p. 5-6) proporcionou a pacificação da sociedade civil, com a consolidação da democracia, e evidenciou as ambiguidades conceituais da Constituição que clamavam por revisões (CUNHA, 1978, p. 439). A primeira delas ocorreu em 1982, em um trabalho extenso e profundo, relativamente à ordem econômica (MIRANDA, 2001, p. 32). É significativo comparar o texto constitucional original de 1976, que continha 312 artigos, com a Lei Constitucional Reformadora nº 1, de 30 de setembro de 1982, que possuía 248 artigos. Esse dado por si só elucida a aspiração revisora do Constituinte de 1982. Ocorreu, assim, a desdogmatização constitucional com o desaparecimento de expressões de baixa densidade semântica, tais como classes trabalhadoras; revolução; processo revolucionário; poder democrático dos trabalhadores.

Ainda mais importante que o desaparecimento das expressões foi o desaparecimento de uma ideologia claramente marxista com: a) a supressão do predomínio da propriedade social; b) a abolição da figura do rendimento máximo nacional; c) a abolição do princípio da conjugação do trabalho intelectual com o manual; d) a abolição da referência à função de conservação da divisão social de trabalho suportada pela educação; e) a impossibilidade de nacionalizações não determinadas por lei; e f) a eliminação do dispositivo que previa que as expropriações de latifúndios e de grandes propriedades e empresários ou acionistas não dessem lugar a nenhuma indenização.

Em contrapartida às supressões, o texto revisto em 1982 passou a conter expressões, tais como democracia econômica social e cultural e realização pessoal; aprofundamento da democracia participativa; subordinação do poder econômico ao poder político democrático, as quais, se igualmente vagas, ao menos apontavam à mudança do *ethos* político revolucionário.

A revisão de 1989 consolidou a redefinição econômica portuguesa e sanou definitivamente as contradições existentes na ordem jurídico-política estabelecida pelo texto original. Em continuidade ao trabalho iniciado com a revisão de 1982, foi reduzida ainda mais a carga ideológica socialista constitucional, ampliando-se o pluralismo na organização econômica, reforçando-se as garantias da propriedade e da iniciativa privada, em consonância ao que exigia o cenário externo desfavorável às idéias socialistas. Desapareceram do texto expressões tais como propriedade social, posse útil, reforma agrária, atividades delituosas contra a economia nacional, nacionalização ou municipalização dos solos urbanos.

Após a adesão de Portugal à Comunidade Europeia, em 1985, tornou-se inevitável a necessidade de consolidação do paradigma econômico capitalista que permanecera na *praxis* social. O que se teve daí foi a sensível redução da participação do Estado na economia, desaparecendo a idéia de desenvolvimento de propriedade nos moldes socialistas. Ademais, foram aperfeiçoados pelo legislador ordinário diversos conceitos, a exemplo de progresso econômico, crescimento, *concertação* social, conselho econômico e social, política comercial e industrial, inovação tecnológica, economia mista, bolsa de valores.

O dado emblemático da revisão de 1989, todavia, foi a abolição da regra geral da irreversibilidade das nacionalizações (SOUSA, 2000, p. 45). É fato que Portugal já tivera, no plano infraconstitucional, alguma experiência privatista parcial com determinadas empresas², mas o processo de eliminação de diretrizes ou impedimentos constitucionais que consagrou a proporcionou a reprivatização da economia, de forma gradual e contínua. Essa reprivatização representou, até mesmo, a superação dos limites materiais expressos de revisão constitucional. É que o texto de 1976, que se caracterizava por ser uma Constituição rígida, continha normas especiais limitadoras ao poder constituinte revisor, que

2 Com a publicação da Lei nº 86, de 29 de dezembro de 1989.

consagravam princípios constitucionais fundamentais não sujeitos ao livre-arbítrio do legislador (SOUSA, 1979, p. 52).

Recorde-se de que os chamados limites materiais se aplicam a todas as normas existentes no texto constitucional em sentido formal, ainda que essas normas não sejam materialmente constitucionais, consagrando determinadas matérias julgadas fundamentais, as quais, por expressa determinação constitucional, ou por sua própria natureza, não são passíveis de revisão.

Os limites materiais são expressos ou implícitos (CANOTILHO, 2003, p. 1.066). Quando expressos, selecionam determinadas matérias que escapam, por sua natureza, à disposição do poder revisional constituinte. Era exatamente o que ocorria com as matérias dispostas no antigo artigo 290 da Constituição de 1976, que cuidava do princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais e da eliminação dos monopólios e latifúndios. A justificativa para a superação dos limites constitucionais dada pelo senso comum teórico lusitano foi um exercício de pura eloquência do discurso político-econômico, revelador do caráter social português, que clamava pelas mudanças estruturais que a suposta vinculatividade normativa constitucional impedia.

Pela ideia apresentada, alegou-se que a Constituição, embora lei fundamental que regula a vida política do Estado, protegida por uma série de medidas asseguradoras de sua eficácia e dotada de verdadeira supremacia na hierarquia normativa, não poderia consubstanciar um documento político imutável. Assim, não se concebia, sob pretexto da defesa de sua soberania, afirmar que a vontade do constituinte revolucionário era intocável. Não seria razoável, portanto, falar em inconstitucionalidade nas hipóteses de modificações levadas a cabo na Constituição, ante as necessidades histórico-sociais. Tais mudanças seriam pressupostos da sua própria eficiência.

Note-se a isostenia desse argumento com outro contrário, segundo o qual é imperioso ao constituinte revisor valorar de forma criteriosa o que foi definido originariamente como essencial na Constituição e, a partir desse juízo axiológico, prudentemente proceder às adaptações do texto constitucional, respeitando os seus limites naturais e ideológicos. Tal juízo impede que a Constituição seja um documento sujeito ao bel-prazer de classes privilegiadas ou da atividade legiferante de autoridades sem compromisso com a democracia e com os Direitos

Humanos, por exemplo. Assim, os limites do poder de revisão não são absolutos (CANOTILHO, 2003, p. 1.065).

No caso particular da supressão normativa do texto original de 1976, ocorreu a materialização da ruptura constitucional da Constituição Formal (retórico-prática), levando-se em conta a Constituição Real (retórico-material) (SOUSA, 1979, p. 85). Forçoso reconhecer, portanto, que, à parte as afirmações proclamatórias, inexistiu a intenção de transposição de regime econômico, seja na sociedade, seja no legislador ordinário, na qualidade de caixa de ressonância da sociedade, seja no Judiciário. A retórica prática marxista constitucional lusitana nunca vinculou, portanto, aquele país.

O limite material estabelecido no princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos fazia parte, assim, de uma Constituição Nominal, há muito ultrapassada pela *praxis* social (SOUSA, 1979, p. 54). A revisão de 1989 substituiu a opção econômica original da Constituição de 1976. O desaparecimento do discurso socialista recolocou aquele país no rumo da opção capitalista de mercado. Prova dessa abertura econômica se deu, por exemplo, na substituição da ideia do *Plano* como instrumento de construção de uma economia socialista, por meio da transformação das relações de produção e de acumulação capitalistas, para a ideia de *planos*, voltados para uma ideia menos pretensiosa de orientação e desenvolvimento da política econômica.

A terceira revisão, operada em 1992, teve por objetivo adaptar o texto constitucional para permitir a aprovação e a ratificação do Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht), de 7 de fevereiro de 1992. Ocorreu aí uma profunda transformação na ordem econômica portuguesa, muito embora sem qualquer alarde por parte dos principais atores do cenário político daquele país. A partir da adesão de Portugal à Comunidade Econômica Europeia, as normas internas relativas à Constituição econômica, à Constituição financeira e fiscal, à Constituição comercial, à Constituição industrial, à Constituição agrícola, passaram a ser subordinadas às normas comunitárias incidentes sobre aquelas matérias (CANOTILHO, 2003, p. 210).

Como decorrência desse fato, promoveu-se a perda de funções emissoras autônomas de moeda do Banco de Portugal, com a criação da moeda única no bloco econômico e social que se instalara, enterrando, até mesmo, a ideia de autonomia daquele Banco na condução da política econômica portuguesa.

Não deixa de ser significativo reconhecer que, passados alguns anos desde a nacionalização de grande parte da economia, em um processo de afirmação nacional e de relativo isolamento do mercado, Portugal, em nome desse mesmo mercado, tenha sido forçado a admitir a desnacionalização de sua moeda, uma das características mais marcantes de um povo.

Como se nota, retomada a democracia, o Estado português, ordenador de um Plano Econômico com postulado socialista em 1976, foi se traduzindo em um Estado orientador e coordenador, em nada diferente da maioria dos países capitalistas do pós-guerra. É o que pode ser visto, por exemplo, já em 1977, com a Lei de Delimitação de Setores, que, embora reservasse setores para a iniciativa pública, viabilizou o surgimento de empresas privadas no setor financeiro. Não se pode olvidar, nesse mesmo sentido, que a questão atinente à dimensão constitucional da iniciativa privada fora aumentada de forma substancial pelo Tribunal Constitucional³, que explicitou que a nacionalização das empresas não operaria em uma nacionalização de setores, e que a presença privada em determinados segmentos econômicos somente poderia ser evitada por força de lei.

4 A morte da retórica prática socialista ante da manutenção da retórica material capitalista proporcionada pela resistência cético-social

Como se nota no presente estudo de caso, a retórica material do legislador ordinário e dos agentes políticos do Estado lusitano, legitimados por forte adesão popular, consolidou a resistência à suposta vinculatividade da norma constitucional semanticamente desfocada dos interesses sociais. Essa postura cética fez com que a pretendida transição do regime econômico jamais se consolidasse na vida cotidiana – mesmo considerando as medidas nacionalizadoras de parte da economia – por decorrência da existência de um *pathos* social divergente daquele pretendido pelo *ethos* e pelo *logos* revolucionário.

A concretização legislativa dos anos que se sucederam à Constituição consubstanciou uma mudança de rumo, em um processo de desideologização

3 No emblemático julgamento do Acórdão nº 25, de 29 de abril de 1985.

marxista, com a clarificação de pontos instrumentais do modelo capitalista, como o direito à plena propriedade, à liberdade econômica e ao mercado concorrencial.

O texto de 1976 não deixou dúvidas sobre a pretensão de conduzir, de forma irreversível, Portugal para o socialismo, embora admitisse que, em um período de transição, alguns dispositivos do sistema capitalista fossem mantidos. A evolução posterior, traduzida inicialmente pela resistência político-legislativa, sobretudo nas revisões constitucionais, tornou insustentável a pretensão originária. A Constituição formal apontou um caminho, em termos de inspiração teórico-ideológica, a Constituição real apontou outro. A primeira pretendeu a socialização da economia, a segunda, sua liberalização.

A Constituição real é fruto da retórica material dos diversos agentes que compõem o Estado e, sobretudo, da sociedade. Dessa ideia, rompeu-se o compromisso dilatatório estabelecido pelas forças políticas que participaram da elaboração da Constituição em 1976, superando-se definitivamente a contradição que se estabeleceu desde sua origem entre o regime político democrático e o regime econômico socialista. O proclamado objetivo de transformação da sociedade, sobretudo no que diz respeito à transição do regime econômico, simplesmente deixou de existir formalmente a partir de 1989.

Da ordem econômica do texto de 1976, quase nada pode ser encontrado após a segunda revisão constitucional, senão a mera crença da possibilidade da regulação estatal, em graus menores do que aqueles originalmente pretendidos. Estabeleceu-se, portanto, uma ruptura constitucional. O estudo comparativo entre os textos original e o atual da Constituição portuguesa revela mudanças tão profundas no que diz respeito à ordem econômica, que somente no tocante a oposição ideológica se pode relacionar um ao outro.

A Constituição original foi resultado de uma tensão político-ideológica permanente e insuperável em sua base, consubstanciada, por um lado, na pretensão do Movimento das Forças Armadas e do Partido Comunista Português de se construir o socialismo em Portugal, por outro, na aglutinação de diversos partidos políticos e tendências que, em maior ou menor grau, pretendiam a construção de um sistema econômico plural (MACEDO, 1977, p. 215). Passados quase quarenta anos, percebe-se claramente que os primeiros foram vitoriosos na redação constitucional, e os segundos foram vitoriosos na prática constitucional.

A prática jurídica *contra legem* (SOUSA, 1979, p. 342), em relação à Constituição Formal, foi a tônica que imperou, ante a ineficácia daquela. E, tomando-se a eficácia como sinônimo da efetividade do Direito, sabe-se que ela é a própria razão de ser do texto jurídico, inexistindo razão para a manutenção de norma que não se efetive: uma letra morta inserida nalgum diploma legal, ainda que o mais importante deles, absolutamente ignorado pela sociedade.

A essência do Direito consiste na ação (IHERING, 1999, p. 68). E a ação posta em prática em Portugal caminhou em sentido oposto ao ditado pela Constituição. Por esse motivo, foram proporcionadas as lentas, porém, permanentes, mudanças no texto constitucional. A repetição de práticas inconstitucionais, sem controle ou vigilância pelos órgãos responsáveis, conduzem à derrogação da ordem estabelecida, *maxime* se essas práticas têm origem nos próprios órgãos de soberania do Estado.

A vinculatividade do Direito pode ser alcançada por diversos meios. O mais frequente é o que advém de aceitação e subordinação voluntária por parte da sociedade. Ela está associada, em razão direta, aos desejos do grupo social. Quanto mais o discurso jurídico refletir os anseios sociais, mais chance de eficácia terá. De tal sorte, que a vinculatividade não se apresenta diretamente ligada à força física, e a adesão social não parece estar em ligação demasiado estreita com a coerção (SOUTO, 1981, p. 91). Sendo de outra forma, o socialismo teria imperado em Portugal, uma vez que os instrumentos e a possibilidade de coação estavam nas mãos do Movimento das Forças Armadas.

Ocorre que, ante a necessária relação entre norma e *praxis*, existem leis que não vinculam pela absoluta ausência de ressonância na coletividade, existindo apenas como vigência formal porque a sociedade não se ajusta a seus ditames, ou porque altera seu sentido para que possa ser parcialmente executada, pois a vontade do legislador não basta para formular o Direito. Não há, portanto, um valor jurídico ontologicamente intuído, com validade de *per si*. É necessário obter a convicção das pessoas acerca da obrigatoriedade da lei proposta (WELZEL, 1971, p. 82).

Tal situação denuncia a divergência existente entre a retórica prática revolucionária e a resistência retórico-material do legislador ordinário, dos órgãos de governo, das instituições políticas, jurídicas e sociais em Portugal. A divergência se dá entre o que foi prescrito e o que de fato ocorreu, entre as leis, os

regulamentos e os fatos e as práticas reais do governo e da sociedade. Pretendeu-se unilateralmente estabelecer um regime político que possibilitasse não apenas o rompimento do modelo constitucional de 1933, senão que construísse uma ponte que ligasse o Portugal do passado (corporativista) ao Portugal do futuro (socialista), apresentando-se o socialismo como verdadeiro fim a ser alcançado, e não apenas como meio de ruptura, o que ficou consagrado desde o emblemático preâmbulo constitucional e foi materializado nas proclamações ideológicas ao longo de todo o texto (MIRANDA, 1978, p. 511).

Ocorre que apenas leis não são suficientes para mudar um país, porque, como asseverou o poeta, das leis não nascem lírios. Nem cravos. Uma mudança de regime econômico da envergadura proposta pelo poder revolucionário lusitano de 1976 importaria na guinada patético-social que a história daquele povo consolidara há, pelo menos, 150 anos. Nem nos anos de regime autoritário do corporativismo se pretendeu algo de tamanha envergadura.

A retórica prática socialista resultou em um compromisso político surreal, em que as mais variadas tendências se sufocaram na tentativa de construção de um regime democrático de governo. Alcançado este, não tardou para que a verdadeira vocação econômica constitucional se revelasse: um modelo nitidamente capitalista. Se não mais um capitalismo liberal *lockiano* clássico, ao menos um já pouco original capitalismo de intervenção estatal na economia, de toda forma longe de caracterizar um modelo de economia planificada.

A distância entre as românticas proclamações constitucionais socializantes e o dia a dia do cidadão português já se manifestara antes mesmo das revisões de 1982 e 1989. Como visto, carecendo as normas constitucionais de regulamentação para sua efetiva aplicação, estas jamais vieram. A ruptura, portanto, deu-se de forma pacífica e, em muitos casos, pela simples e deliberada omissão parlamentar. E, quando as normas ordinárias foram elaboradas, vieram no sentido de desvirtuar a ideologia hegemônica no período revolucionário. Esse fato pode ser facilmente compreendido em razão do esvaziamento do poderio militar no campo político e o esvaziamento do poder político do Partido Comunista na construção da legislação infraconstitucional posterior.

A lição que se abstrai do episódio, e que deve ser valorada pelo jurista brasileiro, é aquela defendida há tempos pela perspectiva cética do Direito, segundo a qual a garantia da vinculatividade normativa e da adesão social não

decorre apenas da produção de instrumentos legais, mesmo os constitucionais, e que a oposição social sistemática ao quadro jurídico estabelecido proporciona a sua derrogação fática.

Se, por um lado, é possível forçar a adesão de um grupo social utilizando-se tão-somente a coercitividade inerente às leis, por outro, não é menos certo que tal forma de controle social tende a ser combatida por um senso comum de justiça, importando, com o passar do tempo, na descrença do valor do dado jurídico estabelecido, em crescente desobediência civil e no conseqüente enfraquecimento das instituições, porque direito não é apenas força. Não se logrou criar uma fórmula que assegure o sucesso da empreitada persuasiva legal. Em sentido inverso, desde o tempo dos gregos sabe-se que as fórmulas que desconsiderem as provas do discurso tendem ao insucesso. É o que também demonstra o presente estudo.

O movimento militar português, com alegada pretensão democrática, pretendeu transformar a tradição liberal-capitalista em Portugal em um regime econômico socialista, tendo por esteio o *ethos* e o *logos* revolucionário. Desconsiderando a tradição patético-social que remontava a um século, o discurso socializante que nasceu na Revolução dos Cravos se impôs por meras proclamações que, embora exprimissem suposto caráter constitucional-vinculativo, provocaram a reação executiva e judiciária na prática *contra legem*, por força da retórica material historicamente assimilada naquele país.

Percebe-se, assim, que a eficácia normativa depende menos da suposta força ontológica do Direito do que da crença social no seu valor representativo. Ela se associa de forma atávica ao caráter persuasivo do fenômeno jurídico, e seu sucesso, nomeadamente nos regimes democráticos, depende, em razão direta, da adesão patético-popular.

Referências

ADEODATO, João Maurício Leitão. **A Retórica Constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito Económico**. Propriedade dos meios de produção. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra. Almedina, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 1978.

CUNHA, Paulo de Pitta e. A Regulação Constitucional da Organização Económica e a Adesão à C.E.E. **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Petrony, 1978.

FRANCO, António L. Sousa. A Revisão da Constituição Económica. **Separata da Ordem dos Advogados**, Lisboa, 1982.

FRANCO, António L. Sousa; MARTINS Guilherme D'Oliveira. **A Constituição Económica Portuguesa**. Ensaio Interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993.

GOMES, Nuno Sá. Nacionalizações e Privatizações. **Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal**, Lisboa, nº. 155, 1988.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MACEDO, Jorge Braga. Princípios Gerais da Organização Económica. **Estudos Sobre a Constituição**. v. I. Lisboa: Petrony, 1977.

MARTINS, Guilherme d'Oliveira. **Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1984.

MIRANDA, Jorge. **As Constituições Portuguesas**. 1822-1826-1838-1911-1933-1976. Lisboa: Petrony, 1976.

_____. **A Constituição de 1976**. Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais. Lisboa: Petrony, 1978.

_____. **As Constituições Portuguesas**. De 1822 ao Texto Actual da Constituição. Lisboa: Livraria Petrony, LDA, 1997.

_____. **A Interpretação da Constituição Económica**. Coimbra: Coimbra, 1987.

_____. **Um Projecto de Revisão Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1980.

_____. **O Direito Constitucional Português da Integração Europeia: Alguns Aspectos**. Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

SANCHES, José Luís Saldanha (2000). **A Regulação: história breve de um conceito**. Lisboa: Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 2000.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981.

SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Introdução à Teoria da Constituição. Braga: Cruz, 1979.

SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000.

WELZEL, Hans. El problema de la validez del Derecho. **Derecho Injusto y Derecho Nulo**. Madrid: Ema, 1971.

Desobediência Civil e Dever Fundamental de Pagar Impostos

Alessandro Vendramini Langerhorst*

Introdução. 1 A desobediência civil como direito fundamental. 2 Da vedação à tributação com efeitos de confisco. 3 Do dever fundamental de pagar impostos. 4 Conclusão.

Resumo

Este estudo examina a existência e a dimensão do direito fundamental de desobediência civil e as consequências do seu exercício no Direito Tributário. Nesse ponto, a abordagem se desenvolve sob o panorama da Ciência Política e do Direito Constitucional, analisando-se os argumentos atinentes às condições para reconhecimento da desobediência civil no Estado democrático de direito contemporâneo. São pesquisados, ainda, os pontos relacionados com a vedação à utilização da tributação com efeito de confisco bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, a fim de cotejar hipoteticamente eventual não pagamento de impostos por desobediência civil. Por fim, são apreciadas as características do dever fundamental ao pagamento de impostos na ordem constitucional pátria, suas características sob a perspectiva da doutrina nacional e estrangeira e as questões referentes aos custos dos direitos, concluindo que a liberdade individual não autoriza, por si só, o indébito tributário.

Palavras-chave: Dever fundamental. Impostos. Desobediência civil.

* Procurador da Fazenda Nacional, pós-graduando em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas.

Civil Disobedience and the Fundamental Obligation of Paying Taxes

Abstract

From the perspective of political science and constitutional doctrine, the main goal of the present project is to analyze the civil disobedience as a constitutional right and the fundamental obligation of paying taxes. Finally, it concludes that every right has costs and individual freedom does not authorize taxes unpaid.

Keywords: Fundamental obligation. Taxes. Civil disobedience.

Introdução

Após as manifestações que, em junho de 2013, mobilizaram a sociedade civil em defesa de políticas públicas refinadas nas áreas de Saúde, Educação, Segurança e nos campos de moradia e mobilidade urbana, deve-se indagar se tais demandas apresentadas nas ruas poderiam ser individualmente tuteladas em juízo, no tocante ao poder de tributar do Estado brasileiro. Nessa senda, estuda-se o hipotético não pagamento de impostos num ato de desobediência civil, ante a alegação da natureza confiscatória da carga tributária.

Poder-se-ia aduzir que o exercício da desobediência civil é severamente reprimido no âmbito da tributação federal, ante a cominação de multa de 150% (art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996), no lançamento de ofício, em caso de não atendimento à intimação do órgão fazendário para prestar esclarecimentos no prazo marcado.

Por fim, afigura-se ineficaz o exercício do direito constitucional de petição para manifestação da desobediência civil ante a vedação ao reconhecimento de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo fiscal federal, estabelecida no art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

1 A desobediência civil como direito fundamental

À luz da Constituição Federal de 1988, o problema apresentado remete ao exercício do direito fundamental da desobediência civil ante o dever (também) fundamental de pagar impostos, caso haja suposta violação aos direitos e garantias fundamentais, especificamente no tocante à vedação de utilização de tributos com efeito de confisco¹.

Inicialmente, atente-se que Jürgen Habermas (1997, v.1, p. 161), ao introduzir a fundamentação dos direitos pela teoria do discurso², entende que as “normas jurídicas devem *poder ser seguidas com discernimento*” (*idem*, 1997, v.1, p. 158, grifo do autor). Reconhece, portanto, o direito de renúncia ao *status* de membro da comunidade³ ante o direito à emigração (*ibid*, p. 161).

Nesse ponto, Hannah Arendt (1997, p.330), discordando de Robespierre⁴, remete a questão dos direitos fundamentais à manutenção do *status* político^{5 6}, aferindo existência de um “[...] direito a ter direitos.”

Assim, no mesmo sentido de Norberto Bobbio⁷, Jürgen Habermas (1997, v. 1, p. 162) constata que “a institucionalização jurídica do código de direitos exige, finalmente, a garantia dos caminhos jurídicos, pelos quais a pessoa que se sentir prejudicada em seus direitos possa fazer valer suas pretensões”.

1 Ressalta-se que o debate acerca da limitação constitucional ao poder de tributar correspondente à vedação da utilização de tributo com efeito de confisco é deveras atual, consoante se depreende do Projeto de Lei nº 7.544, de 2010, ainda em tramitação no Congresso Nacional, bem como das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.905, de 2013, e 4.762, de 2012, pendentes de julgamento definitivo.

2 Em comunidades organizadas na forma de Estado, tais direitos assumem a forma de direitos de participação no Estado. Da aplicação do princípio do discurso, resulta que cada um deve ser protegido contra a subtração unilateral dos direitos de pertença; porém, ele deve ter o direito de renunciar ao *status* de membro. O direito à emigração implica que a pertença a uma associação deve repousar sobre um ato de aceitação por parte do sócio (pelo menos suposto) (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 161).

3 *It is more realistic and more productive to define rights as individual powers deriving from membership in, or affiliation with, a political community, and as selective investments of scarce collective resources, made to achieve common aims and to resolve what are generally perceived to be urgent common problems* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 123).

4 Discurso de 24 de abril de 1793: “Os representantes do povo francês, reunidos em Convenção Nacional, [...] convencidos de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as únicas causas dos crimes e das desgraças do mundo, resolveram expor numa Declaração solene esses direitos sagrados, inalienáveis [...]” (ROBESPIERRE, 2008, p. 126, *et seq.*).

5 Não apenas a perda dos direitos nacionais levou à perda dos direitos humanos, mas a restauração desses direitos, como demonstra o estado de Israel, só pôde ser realizada até agora pela restauração ou pelo estabelecimento de direitos nacionais (ARENDDT, 2007, p. 333).

6 *As a general rule, unfortunate individuals who do not live under a government capable of taxing and delivering an effective remedy have no legal rights. Statelessness spells rightslessness* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 19).

7 “[...] o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los” (BOBBIO, 2004, p. 24).

Evidencia-se, portanto, que, ante o dever geral de obrigação política⁸, encontra-se a desobediência⁹ civil¹⁰.

Com raízes diretamente ligadas à dimensão tributária¹¹ do Estado, “a desobediência civil é uma forma particular de desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça da lei e com o fim mediato de induzir o legislador a mudá-la” (BOBBIO, 1997, p.335).

Pretende-se, portanto, com seu exercício, a modificação do ordenamento jurídico¹², sendo necessária a publicidade da ação¹³ intencionalmente¹⁴ contrária a uma ou mais leis injustas, ilegítimas e inválidas (*ibid*, p. 335).

Trata-se de mecanismo de aprimoramento estatal¹⁵, com fundamento na relação de reciprocidade^{16 17} entre cidadão e legislador e na supremacia do indivíduo sobre o Estado^{18 19}:

[...] de que deriva a dupla afirmação de que o indivíduo tem alguns direitos originários e inalienáveis e que o Estado é uma associação criada pelos próprios indivíduos através do consenso comum (contrato social) para proteger seus direitos fundamentais e assegurar a sua livre e pacífica (*ibid*, p. 337).

8 Para compreender o que se entende por “Desobediência civil”, é necessário partir da consideração de que o dever fundamental de cada pessoa obrigada a um ordenamento jurídico é o dever de obedecer às leis. [...] a obediência geral e constante às leis é, ao mesmo tempo, a condição e a prova da legitimidade do ordenamento [...] (BOBBIO, 1997, p. 335).

9 Na linguagem jurídica, *desobediência*, falta ou ausência de obediência, quer dizer o *não cumprimento* da ordem emanada de autoridade superior, ou o *desrespeito* à regra que a lei manda cumprir (SILVA, 1989, v. 2, p. 145, grifo do autor).

10 [...] chama-se “civil” precisamente porque quem a pratica acha que não comete um ato de transgressão do próprio dever de cidadão (BOBBIO, 1997, p. 330).

11 Tão somente uma vez por ano, e não mais do que isso, é que me encontro cara a cara com esse governo norte-americano ou com o governo estadual que o representa. Isso se dá quando sou procurado pelo coletor de impostos (THOREAU, 2001, p.24).

12 [...] mais um ato inovador do que destruidor (BOBBIO, 1997, p. 335).

13 Esse caráter publicitário serve para distingui-la nitidamente da desobediência comum: enquanto o desobediente civil se expõe ao público, e só expondo-se ao público pode esperar alcançar seus objetivos, o transgressor comum deve realizar sua ação no máximo segredo, se desejar alcançar suas metas (*ibid.*, p. 335).

14 A revolta é o ato do homem informado, que tem consciência dos seus direitos (CAMUS, 2008, p. 33).

15 Desejo imediatamente é um governo melhor, e não o fim do governo (THOREAU, 2001, p. 15).

16 [...] se é verdade que o legislador tem direito à obediência, também é verdade que o cidadão tem o direito de ser governado com sabedoria e com leis estabelecidas (BOBBIO, 1997, p. 335).

17 [...] cultivar o respeito às leis é desejável no mesmo plano do respeito aos direitos” (THOREAU, 2001, p. 15).

18 [...] a idéia libertária da perversidade essencial de toda a forma de poder sobre o homem” (*ibid.*, p. 337).

19 Os governos são a prova de como os homens podem obter sucesso na ação de oprimir em proveito próprio, sem se importarem se a opressão se voltar também contra eles. (THOREAU, 2001, p. 14).

Destarte, não se confunde desobediência civil com objeção de consciência, contestação e protesto (*ibid.*, p. 337), diferindo ainda de revolução^{20 21}, que, além de violenta, visa estabelecer profundas alterações nos campos jurídico, político e social²².

Outrossim, ao examinar os “atores da sociedade civil”, Jürgen Habermas (1997, v. 2, p. 117) elenca a desobediência civil entre os protestos subinstitucionais, havendo um apelo aos legisladores, “[...] para que revisem eventualmente suas decisões”, e ao “[...] juízo crítico de um público formado por pessoas privadas, a ser mobilizado por meios não convencionais.”

Sustenta-se, portanto, “[...] numa compreensão dinâmica da constituição, que é vista como um projeto inacabado”, tendendo a “[...] reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema de direitos” (*ibid.*, p. 118). Conclui, assim, ressaltando o caráter “autorreferencial” da desobediência civil:

Tais atos de transgressão simbólica não-violenta das regras se auto-interpretam como expressão do protesto contra decisões impositivas as quais são ilegítimas no entender dos autores, apesar de terem surgido legalmente à luz de princípios constitucionais vigentes.

[...]

A mensagem desse subtexto dirige-se a um sistema político que, devido à sua estrutura constitucional, não pode se desligar da sociedade civil nem se tornar independente da periferia. Deste modo, a desobediência civil refere-se à sua própria origem na sociedade civil, a qual, quando entra em crise, serve-se da opinião pública para atualizar os conteúdos normativos do Estado democrático de direito, e contrapô-los à inércia sistêmica da política institucional (*ibid.*, p. 117).

Nessa linha de pensamento, considerando que a desobediência civil encontra-se inserida no direito à resistência (BOBBIO, 1997, p. 336), que figura nos textos

20 [...] de *revolvere* (rolar para trás) (SILVA, 1989, v.4, p. 146).

21 Afigura-se deveras esclarecedora a narrativa da confecção do Ato Institucional: “Castello e Costa e Silva receberam cópias do Ato Provisório entre a madrugada e a manhã de segunda-feira, dia 6. Reunido com Costa e Silva e um grupo de generais, Francisco Campos captou neles uma vontade política, inibida pelo escrúpulo de atropelar a Constituição. Agitado, andando de um lado para o outro, atirou: ‘Os Senhores estão perplexos diante do nada!’ E deu uma aula sobre a legalidade do poder revolucionário. Era o que eles precisavam ouvir” (GASPARI, 2002, p. 123).

22 Mas a violência não é mais adequada para descrever o fenômeno das revoluções do que a mudança; somente onde ocorrer mudança, no sentido de um novo princípio, onde a violência for utilizada para constituir uma forma de governo completamente diferente, para dar origem à formação de um novo corpo político, onde a libertação da opressão almeje, pelo menos, a constituição da liberdade, é que podemos falar de revolução (ARENDE, 1988, p. 28).

constitucionais da Alemanha (GARCIA, 2004, p. 172) e de Portugal²³, impende seu reconhecimento como direito fundamental²⁴ ante o teor do parágrafo segundo²⁵ do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal identificou a existência de outros direitos decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição, especificamente em matéria tributária, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, de 1993²⁷.

Na doutrina pátria, Maria Garcia (2004, p. 298) reconhece a desobediência civil como direito fundamental²⁸, ou seja, técnica de proteção das prerrogativas da cidadania contra a lei²⁹, tendo como titulares o cidadão ou o grupo de cidadãos, manifestado pelo direito constitucional de petição³⁰ aos poderes públicos.

In casu, resta evidente a ineficácia da manifestação da desobediência civil pelo exercício do direito constitucional de petição, haja vista que demanda referente à alegação de natureza confiscatória de determinado tributo remete ao exame de constitucionalidade da norma exacional.

Destarte, obstada se encontraria a autoridade fazendária de enfrentar tal controvérsia por força do supramencionado art. 26-A do Decreto nº 70.235,

23 Art. 21 da Constituição Portuguesa – Canotilho classifica o Direito de Resistência como sendo a *ultima ratio*, meio de defesa não jurisdicional (CANOTILHO, 2003, 512).

24 Em sentido diverso: “*Even if we set aside archaic-sounding anomalies, such as the “right of rebellion”, we will have a tough time organizing into two mutually exclusive and jointly exhaustive groups the swarm of claims and counterclaims that helps structure the commonplace expectations and routine behavior of U.S. citizens today*” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 39).

25 Sua raiz, explica, estende-se à Emenda IX da Constituição norte-americana de 1787: “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo” (GARCIA, 2004, 212).

26 O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. (MENDES, 2007, p. 260).

27 EMENTA: Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal. [...] 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, “b” da Constituição); [...] 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

28 É dizer que o regime dos direitos fundamentais consagrado na Constituição Brasileira abrange, no sistema, a possibilidade de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição – entre eles, o direito de desobediência civil (GARCIA, 2004, p. 297).

29 Após elaborada a lei: veto popular, controle de constitucionalidade (o judicial *review* do Direito norte-americano), a objeção de consciência, prevista em lei; greve, *recusa de obediência à lei injusta*, a resistência à opressão e a revolução (*ibid.*, p. 202).

30 Em outras palavras, é a atitude do cidadão que, declarando-se em desobediência civil, com fundamento no princípio da cidadania – art. 1.º, II; art. 5.º, § 2.º, e XXXIV, a, da CF – peticiona ao Poder Público, demandando a sua exclusão dos efeitos de uma lei ou ato de autoridade, ou a sua revogação ou alteração, à vista da sua demonstrada conflitância com a ordem constitucional ou determinado direito ou garantia fundamental (*ibid.*, p. 301).

de 1972. Razão assiste, efetivamente, em se afirmar que “os tributos provocam diferentes reações econômica e psicológicas dos contribuintes” (BALEIRO, 1981, p.151).

2 Da vedação à tributação com efeitos de confisco

No tocante à vedação à utilização de tributo com efeito de confisco, deve prevalecer a seguinte regra: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justifiquem” (ALEXY, 2011, p. 68).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 instituiu as limitações ao poder de tributar paralelamente à previsão das competências tributárias³¹ da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Tais limitações buscam afastar eventuais violações a direitos fundamentais por parte do Estado, uma vez que “[...] integram o conjunto de traços que demarcam *o campo, o modo, a forma e a intensidade de atuação do poder de tributar* (ou seja, do poder que emana da constituição, de os entes políticos criarem tributos)” (AMARO, 2009, p. 107, grifo do autor).

Dentre as limitações em questão, destaca-se a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco³², prevista no art. 150, inc. IV, da Constituição Federal 1988, que se relaciona com a exigência de tributação excessiva, aferida no plano dos fatos (PAULSEN, 2013, p. 205), ligando-se, ainda, à proteção dos direitos de propriedade³³ e de liberdade, cujo “[...] conteúdo essencial não pode ser restringido pela tributação” (ÁVILA, 2006, p. 330).

Nessa linha de raciocínio, há firme entendimento do Supremo Tribunal Federal que confere relevo à proteção em questão, consoante se depreende da ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.075:

31 [...] ao outorgar aos entes federados competência legislativa para instituir impostos, a Constituição indicou a parcela da realidade econômica que poderá ser alcançada por tais exações (PIMENTA, 2011).

32 Confisco é tomada compulsória da propriedade privada pelo Estado, sem indenização (PAULSEN, 2013, p. 205).

33 *The private sphere of property relations takes its present form thanks to the political organization of society. Private property depends for its very existence on the quality of public institutions and on the estate action, including credible threats of prosecution and civil action [...]. Property rights are costly to enforce* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 61).

[...] A proibição constitucional do confisco em matéria tributária – ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias – nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. O poder público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do *quantum* pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

3 Do dever fundamental de pagar impostos

De fato, a solução para o problema apresentado passa pelo estudo do dever fundamental de pagar imposto. Nessa linha de intelecção, “[...] a pergunta a fazer é essa: o que significam deveres fundamentais num Estado de direito democrático?” (CANOTILHO, 2003, p. 531).

A Constituição Federal de 1988, não apresenta os deveres fundamentais para a convivência na democracia brasileira em rol específico. Infere-se do texto constitucional que, diferentemente do modelo estabelecido para os direitos fundamentais, dispôs-se acerca daqueles de forma fragmentada.

José Casalta Nabais (2009, p. 54) apresenta os deveres fundamentais³⁴ como expressão da soberania baseada na dignidade da pessoa humana³⁵. Seriam, portanto, “[...] posições jurídicas passivas, autônomas³⁶, subjetivas, individuais,

34 Já houve tempo em que os deveres fundamentais foram considerados como categoria jurídica de igual dignidade à dos direitos fundamentais. Desde logo, na filosofia republicana. [...] A centralidade da categoria dos deveres fundamentais reaparece nas construções jurídico-políticas nacional-socialista e comunista. [...] Essas duas experiências históricas explicam a desconfiança e a indiferença dos textos constitucionais em face dos deveres fundamentais (CANOTILHO, 2003, 531).

35 [...] *individual rights are invariably an expression of government power and authority* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 57).

36 Os deveres fundamentais recortam-se na ordem jurídico-constitucional portuguesa como uma categoria autônoma. Vale aqui o princípio da assinalgmaticidade ou assimetria entre direitos e deveres fundamentais [...] (CANOTILHO, 2003, p. 533, grifo do autor).

universais e permanentes”, ou seja, “[...] a quota parte constitucionalmente exigida a cada um e ao conjunto de cidadãos para o bem comum”, revestida de “[...] irrenunciabilidade tanto com o legislador ordinário como para o legislador da revisão constitucional” (NABAIS, 2009, p. 72 *et seq.*).

Apesar de ser aplicável o regime geral dos direitos fundamentais (*ibid.*, p. 121), não incidiriam os parágrafos primeiro e segundo do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que os deveres fundamentais são *numerus clausus* (*ibid.*, p. 87), figurando de forma típica, expressa ou implicitamente no texto constitucional³⁷. José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 535) aduz que seriam normas constitucionais autônomas carecidas de concreção legislativa^{38 39}.

Calha, assim, a seguinte definição para o dever fundamental de pagar imposto:

[...] os deveres fundamentais pertencem ou integram a matéria dos direitos fundamentais, ou seja, a (sub)constituição do indivíduo. Com efeito, esta não abrange apenas a figura ou categoria dos direitos fundamentais, caracterizada pelas notas típicas que a doutrina lhe assinala [...]. Ela abarca também outras figuras e aspectos que, embora gravitando em seu redor, não se inserem nesta categoria, como são as garantias institucionais (de direitos fundamentais), os deveres fundamentais, os outros vectores da dimensão objectiva dos direitos fundamentais traduzida nomeadamente em efeitos extra-subjetivos como o efeito de interpretação, o efeito de inconstitucionalidade, a eficácia externa ou em relação a terceiros e outros efeitos não reconduzíveis ao titular activo do respectivo direito (NABAIS, 2009, p. 117 *et seq.*).

Robert Alexy (2011, p. 61) examina o dever de pagar impostos como forma de redistribuição estatal-social, indicando:

O dever de pagar impostos, porém, intervém em direitos fundamentais. Duvidoso é somente quais são eles: o direito de propriedade ou a liberdade

37 A constituição não fornece nenhuma abertura, ao contrário dos que sucede em relação aos direitos (art. 16.º/1), para a existência de deveres fundamentais extraconstitucionais (CANOTILHO, 2003, 534, grifo do autor).

38 As normas consagradoras de deveres fundamentais reconduzem-se, pois, à categoria de normas desprovidas de determinabilidade jurídico-constitucional, e, por isso, carecem de mediação legislativa (*ibid.*, p. 535).

39 [...] não fica afastada a ideia de *Drittwirkung* no plano intersubjetivo. As ideias de “solidariedade” e de “fraternidade” apontam para deveres fundamentais entre cidadãos. [...] Acresce que alguns deveres fundamentais – o dever de obediência às leis, o dever de respeito dos direitos dos outros – parecem transportar uma tendencial ideia de aplicabilidade imediata (*ibid.*, p. 536, grifo do autor).

de atuação geral. (...) a cobrança de impostos serve imediatamente só à produção da capacidade de atuar financeira do estado, (...) um pressuposto de sua capacidade de atuar (ALEXY, 2011, p. 61).

Dessa forma, entre os deveres fundamentais que decorrem do texto constitucional⁴⁰, insere-se o dever de pagar impostos (CANOTILHO, 2003, p. 533), que:

[...] não pode ser encarado como um mero poder para o estado, nem simplesmente como um mero sacrifício para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada (NABAIS, 2009, p.185).

Destarte, considerando que o montante decorrente da arrecadação dos impostos é um meio, e não fim em si mesmo, apto a possibilitar a proteção e efetivação estatal dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, financiando o custo destes^{41 42}, não haveria, firme no entendimento de José Casalta Nabais, nenhum direito fundamental de não pagar impostos (*ibid.*, p. 186).

De fato, independente de classificação em gerações ou dimensões, todos os direitos apresentam custos financeiros⁴³, com severos reflexos no orçamento público.

Tal assertiva, por certo, também abrange o direito de desobediência civil, uma vez que incube ao Estado a proteção do indivíduo “desobediente” em relação aos demais partícipes da sociedade que atendem a suas obrigações tributárias, bem como do próprio governo, franqueando o acesso ao Poder Judiciário⁴⁴ para apreciação de eventual alegação de censura ou forma diversa de esvaziamento do direito em questão.

40 Defesa do meio ambiente e da pátria, educação dos filhos, voto obrigatório.

41 É que o Estado redistribui pelos canais da despesa quando retira do setor privado pelos tentáculos da receita, exceto quando gasta no estrangeiro sem contrapartida deste [...] (BALEEIRO, 1981, p.167).

42 Direitos não podem ser protegidos e garantidos sem a defesa e o financiamento estatal (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 15, tradução nossa).

43 *Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced.* (*ibid.*, p. 43)

44 *But no well-functioning authority is financially independent. No court system can operate in a budgetary vacuum. No court can function without receiving regular injections of taxpayers' dollars to finance its efforts to discipline public or private violators of rights, and when those dollars are not forthcoming, rights cannot be vindicated* (*ibid.*, p. 45).

No Estado democrático de direito, a liberdade individual⁴⁵ não implica independência⁴⁶ do indivíduo em relação ao seu governo, cuja prestação de serviços públicos e proteção de direitos e garantias individuais⁴⁷ apenas se afiguram possíveis ante o ingresso de receita ordinariamente decorrente do pagamento de impostos⁴⁸.

4 Conclusão

A questão referente aos reflexos no Direito Tributário do exercício da desobediência civil foi estudada, tomando em consideração doutrina que vislumbra se tratar de direito fundamental decorrente das prerrogativas da cidadania.

Examinou-se, ainda, a amplitude e a jurisprudência referente à limitação ao poder de tributar instituída na Constituição de 1988 que veda a utilização de tributos com efeitos de confisco, bem como a possibilidade de ser alegada no exercício do direito fundamental de desobediência civil.

Por fim, após a análise do dever fundamental de pagar imposto, concluiu-se que, ante a concepção de que todos os direitos apresentam custos públicos, não há falar-se no exercício do direito fundamental de desobediência civil apto, por si só, a afastá-lo.

45 *Individual freedom, however defined, cannot mean freedom from all forms of dependency. [...] A free is especially dependent. [...] Liberal theory should therefore distinguish is freedom, which is desirable, from nondependence, which is impossible. Liberty, rightly conceived, does not require a lack or dependence on government; on the contrary, affirmative government provides the preconditions for liberty. The Bill of Rights is a do-it-yourself kit that citizens can obtain only at tax-payer-funded outlets* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 204).

46 *No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights claims to an affirmative governmental response* (ibid., p. 44).

47 *[...] rights are public services that government must answerably deliver in exchange for tax revenues responsibly paid by ordinary citizens. Rights would go miserably unprotected if these mutual accountabilities failed. The exchange of equal rights for social cooperation lies at the heart of liberal-democratic politics. [...] That rights have costs demonstrates their dependence on what we might as well call "civic virtue"* (ibid., p. 151).

48 *For government is still the most effective instrument available by which a politically organized society can pursue its common objectives, including the shared aim of securing the protection of legal rights for all* (ibid., p. 232).

Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. São Paulo: Ática, 1988.

_____. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BALEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. Projeto de Lei n. 7.544/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=481991>>. Acesso em: 25 novembro 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 939/1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>. Acesso em: 25 novembro 2013.

_____. ADIn. n. 1.075/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392114>>. Acesso em: 25 novembro 2013.

_____. ADIn n. 4.762/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4357242>>. Acesso em: 25 novembro 2013.

_____. ADIn. n. 4.905/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4226985>>. Acesso em: 25 novembro 2013.

CAMUS, Albert. **O Homem Revoltado**. Rio de Janeiro: Record, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GARCIA, Maria. **Desobediência Civil: direito fundamental**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a Pesquisa Jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracias: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.

HITCHENS, Chrstopher. **Cartas a um Jovem Contestador**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company. 1999.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Goret. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2013.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **A Atribuição de Efeitos Prospectivos à Decisão de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária em face da Recente Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Brasília: TRF 1ª Região, Janeiro de 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROBESPIERRE, Maximilien. **Virtude e Terror**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

RUSS, Jacqueline. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Scipione, 1994.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, 4 v.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

Pontos Relevantes da Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira – Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013

João Marcelo Rego Magalhães*

1 Introdução. 2 A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e a responsabilidade subjetiva das pessoas físicas. 3 As sanções em face dos atos lesivos às licitações e a não extensão dos efeitos à disciplina da Lei nº 8.666, de 1993. 4 O compliance como medida a ser adotada pelas empresas para atenuar as sanções aplicáveis. 5 A desconsideração da personalidade jurídica. 6 O papel de destaque conferido à Controladoria-Geral da União, notadamente quanto à aplicação da Lei nº 12.846, de 2013, no âmbito do Poder Executivo federal e em face de atos contra a Administração Pública estrangeira. 7 O acordo de leniência como medida que beneficia exclusivamente as pessoas jurídicas. 8 A prescrição da punibilidade das infrações e a imprescritibilidade das ações de ressarcimento – Art. 37, § 5º, da Constituição Federal. 9 O regime de independência de instâncias para fins de punibilidade, previsto nos art. 3º, 18 e 30 da Lei nº 12.846, de 2013, e a possibilidade de dupla sanção pelo mesmo fato. 10 Conclusão.

Resumo

Pautando-se pela análise crítica da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que trata da responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, busca-se desenhar o panorama geral do regime jurídico relativo à aplicação das sanções em face dos atos lesivos às licitações, a adoção do *compliance* pelas empresas, a desconsideração da

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor) e Procurador do Banco Central do Brasil.

personalidade jurídica, o acordo de leniência, a prescrição da punibilidade das infrações praticadas e, especialmente, o regime de independência de instâncias para fins de punibilidade, conforme previsto nos art. 3º, 18 e 30, o que possibilita a dupla sanção pelo mesmo fato ilícito.

Palavras-chave: Responsabilidade administrativa. Pessoa jurídica. Atos lesivos à Administração Pública.

Relevant features from brazilian corporate corruption law (Law 12.846/2013)

Abstract

From a critical review of Law 12.846/2013, which deals with civil and administrative liability of legal persons for the commission of acts against the government, we seek to draw an overview of the legal framework on the application of sanctions in the face of acts harmful to bids, the adoption of compliance by companies, disregard of legal entity, the leniency agreement, prescribing punishment of offenses committed, and especially the independence of instances for purposes of punishment, as provided in articles 3, 18 and 30, which enables the double penalty.

Keywords: *Administrative responsibility. Corporations. Injurious acts to the public service.*

1 Introdução

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. É expressa em afirmar que a responsabilidade imposta às pessoas jurídicas não exige prova de conduta culposa, sendo devida pela simples prática de ato contra a Administração Pública, o que configura responsabilidade por culpa objetiva.

A norma é aplicável às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, e a sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos, praticados em seu interesse ou benefício, seja exclusivo ou não. A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais. Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

Como ocorre com toda a legislação recente, não houve tempo suficiente para que a doutrina e os Tribunais assentassem os temas mais relevantes da Lei nº 12.846, de 2013 – alguns deles acompanhados de certa controvérsia na interpretação e na aplicação das normas de regência.

Assim, sem pretender esgotar o assunto, entendemos que, por ora, merece especial atenção a disciplina jurídica que a Lei nº 12.846, de 2013, adotou para os seguintes assuntos: a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e a responsabilidade subjetiva das pessoas físicas; as sanções em face dos atos lesivos às licitações e a não extensão dos efeitos à disciplina da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; o *compliance* como medida a ser adotada pelas empresas, a fim de atenuar as sanções eventualmente aplicáveis; a desconsideração da personalidade jurídica; o papel de destaque conferido à Controladoria-Geral da União, notadamente quanto à aplicação da Lei nº 12.846, de 2013, no âmbito do Poder Executivo federal e em face de atos contra a Administração Pública estrangeira; o acordo de leniência como medida que beneficia exclusivamente as pessoas jurídicas; a prescrição da punibilidade das infrações, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento (art. 37, § 5º, da Constituição Federal); o regime de independência de instâncias para fins de punibilidade, previsto nos art. 3º, 18 e 30; e a possibilidade de dupla sanção pelo mesmo fato.

2 A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e a responsabilidade subjetiva das pessoas físicas

De início, é preciso lembrar que a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a “responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”¹, punindo aquelas que venham a praticar, em seu interesse ou benefício, atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, por meio de sanções aplicadas no âmbito administrativo ou judicial, instituindo responsabilidade de natureza objetiva (independente de culpa)².

Ocorre que essa Lei também estabeleceu responsabilidade para pessoas naturais – autores, coautores e partícipes de ato ilícito, sejam ou não dirigentes ou administradores da pessoa jurídica –, sendo possível extrair as seguintes regras do *caput* e dos parágrafos do art. 3º:

- a) a responsabilização da pessoa jurídica não impede a responsabilização individual da pessoa natural que praticou o ato ilícito;
- b) a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização da pessoa natural;
- c) pessoas naturais somente serão responsabilizados em caso de conduta culposa.

É bom notar que a Lei imputou responsabilidade subjetiva de forma expressa apenas aos dirigentes e administradores, nada dispondo sobre a responsabilidade de pessoas físicas estranhas aos quadros das pessoas jurídicas que praticam atos lesivos à Administração Pública. Assim sendo, para essa categoria de particulares é preciso indagar se há alguma forma de responsabilidade, e se esta seria de natureza objetiva ou subjetiva.

Não soa razoável pensar que pessoas estranhas ao quadro de uma empresa, mas que estejam agindo em benefício desta no cometimento de ilícitos contra a Administração Pública, ficassem totalmente livres de responsabilização. Em seguimento a tal raciocínio, também não é aceitável impor responsabilidade objetiva às pessoas físicas que não sejam dirigentes e administradores, pois isso não se presume: a responsabilidade sem culpa deve estar definida em lei.

1 Conforme teor de seu art. 1º, *caput*.

2 Conforme art. 2º, *caput*.

O fundamento da responsabilidade objetiva imputada às pessoas jurídicas é evitar que possam auferir qualquer tipo de vantagem ilícita e, posteriormente, alegar que não agiram com culpa, ou que terceiro tenha dado causa a eventual infração. Não sendo aceitável nenhuma forma de enriquecimento sem causa em prejuízo do poder público, o ganho ilícito deve sempre ser objetivo de punição.

Como a Lei nº 12.846, de 2013, objetiva impedir a corrupção empresarial, a pessoa jurídica responde sempre que praticar ato lesivo em suas relações com a Administração Pública (obtida vantagem indevida ou não). No que concerne às pessoas naturais, entretanto, sua punibilidade obedece a regime menos gravoso, o que não obsta a responsabilidade das pessoas jurídicas. Assim, tenham ou não culpa em suas condutas, os atos de dirigentes (ou de outros particulares) contra o patrimônio público impõem a punição das personalidades jurídicas que representem ou beneficiem.

Portanto, deve ficar bem definido que todos os particulares, não importa sua relação com a pessoa jurídica, irão responder de forma subjetiva, da mesma forma que, independentemente de serem punidos os particulares, as personalidades jurídicas definidas no parágrafo único do art. 1º dessa Lei respondem de forma objetiva, sem necessidade de verificação de culpa, pois é a conduta ilícita que a Lei nº 12.846, de 2013, visa coibir.

Por oportuno, registramos que o *caput* do art. 1º fala em “prática de atos contra a administração pública”, o que significa dizer que **a mera tentativa e a omissão, mesmo que causadoras de prejuízo, não serão punidas por essa norma, ainda que haja processo de ressarcimento.** Todavia, desde que tenha ocorrido uma das condutas descritas no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, pouco importa se ocorreu prejuízo à Administração, tendo em conta que a prática do ato – considerado lesivo por presunção legal – já enseja, por si, a responsabilização da empresa de forma objetiva, não sendo necessário avaliar se houve culpa ou dolo.

Na verdade, a verificação de prejuízo ao poder público não é condição para a responsabilização prevista na Lei aqui comentada, prestando-se, contudo, a impor que um procedimento específico para fins de ressarcimento seja instaurado juntamente com o processo que avaliará a aplicação de sanções.

Em apoio à afirmação de que a mera tentativa não será apenada, cabe citar que uma das situações levadas em conta no momento da aplicação de sanções é a consumação ou não da infração, conforme inciso III do art. 7º. Assim, de

fato, a mera tentativa de cometer a infração não deve ser punida, mas, **uma vez cometido o ato lesivo, a consumação do resultado pretendido (quando houver finalidade descrita na tipificação) ou do prejuízo causado aos cofres públicos é que se torna irrelevante para fins de sanção.**

É pertinente observar que, mesmo que dirigentes e administradores não tenham conhecimento do ilícito praticado por um empregado ou preposto, a conduta, se tipificada no art. 5º dessa Lei, atrai a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, situação que aumenta de importância a adoção do *compliance*, que será analisado adiante.

A afirmação de que dirigentes e administradores serão punidos independentemente do conhecimento da prática de ato lesivo encontra amparo na interpretação conjunta do *caput* do art. 2º com o § 1º do art. 3º, de que se extrai que mero interesse ou benefício é motivo suficiente para punição, não tendo a norma, em momento algum, exigido a ciência da conduta lesiva.

De toda sorte, se adotarmos a interpretação puramente literal daqueles dispositivos, na hipótese descrita nos parágrafos anteriores, seremos obrigados a afirmar que a responsabilidade objetiva aqui tratada não comportaria nem mesmo a excludente de culpa exclusiva de terceiro, o que a tornaria mais gravosa até do que a responsabilidade objetiva do Estado e a aproximaria da responsabilidade pelo risco integral.

Tal abrangência da responsabilidade objetiva aqui analisada há de ter contornos mais bem definidos, quando as situações fáticas forem apresentadas ao crivo do Poder Judiciário. Por ora, a redação conferida aos dispositivos legais não possibilita pensar de outra forma: dirigentes e administradores serão punidos, ainda que não saibam e não aprovem a conduta de seu preposto, bastando que o ato lesivo traga algum benefício à pessoa jurídica.

3 As sanções em face dos atos lesivos às licitações e a não extensão dos efeitos à disciplina da Lei nº 8.666, de 1993

A Lei nº 12.846, de 2013, prevê, em seu art. 5º, vários atos lesivos que atentam contra o patrimônio público, os princípios da Administração Pública ou os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Em seu art. 6º, a Lei nº 12.846, de 2013, afirma que as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos descritos no art. 5º são a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória. Há previsão ainda, agora no art. 19, de que tais atos lesivos permitem o ajuizamento de ação – pelas respectivas advocacias públicas ou pelo Ministério Público –, com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

- a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
- b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- c) dissolução compulsória da pessoa jurídica;
- d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 ano e máximo de 5 anos.

Não há como deixar de notar que não houve previsão de proibição de participar de licitação ou de contratar com o Poder Público, mesmo sendo prevista, na via judicial, a sanção de suspensão ou interdição de atividades.

Ora, **uma pessoa jurídica condenada por ato lesivo à administração pública à suspensão ou interdição parcial de suas atividades na esfera judicial, não pode, sob o enfoque da moralidade e da eficiência administrativa, licitar ou contratar com o poder público**, notadamente quando algumas de suas condutas lesivas são descritas como atentatórias justamente às licitações e aos contratos administrativos, conforme o inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

Todavia, do ponto de vista do princípio da legalidade administrativa, a pessoa jurídica condenada a qualquer sanção da Lei nº 12.846, de 2013, não fica impedida de licitar e contratar com o poder público. Tal afirmação se apoia nos seguintes argumentos:

- a) a Lei nº 12.846, de 2013, prevê várias proibições às pessoas jurídicas sancionadas pelas condutas que descreve como lesivas, mas não prevê expressamente a proibição de licitar ou contratar com o poder público, não sendo possível o uso da analogia pelo princípio da legalidade, principalmente quando implicar sanção ao administrado;

- b) a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que trata da sanção por improbidade administrativa, prevê a proibição de contratar com o Poder Público, mas a sanção é prevista para agente público ou para pessoa física que induza a prática do ato de improbidade, ou concorra para que ocorra, ou se beneficie da improbidade sob qualquer forma;
- c) as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, são aplicadas por inexecução do contrato, ou seja, quando a pessoa jurídica já foi adjudicada no objeto licitado, sendo certo que os atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 2013, podem não estar relacionadas com licitações públicas (incisos I a III e V do art. 5º), ou terem sido praticados antes da efetiva contratação com o poder público (alíneas “a” a “e” do inciso IV do art. 5º).

4 O *compliance* como medida a ser adotada pelas empresas para atenuar as sanções aplicáveis

Compliance é o termo da língua inglesa (do verbo *to comply*) utilizado para designar o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades de uma organização (SANTOS, *on-line*, p. 4).

Tendência moderna nas organizações empresariais, notadamente as que têm contrato com o poder público, o *compliance* engloba o conjunto de ações voltadas a cumprir os regulamentos internos sobre ética empresarial e a legislação anticorrupção existente no país.

São instrumentos usualmente adotados pela área de *compliance* das empresas o uso de código de ética e/ou código de conduta, canais de denúncia, ouvidorias, desenvolvimento de controles internos e procedimentos voltados à divulgação de temas relacionados à corrupção (SANTOS, *on-line*, p. 4).

A Lei nº 12.846, de 2013, elenca, em seu art. 7º, as circunstâncias que serão consideradas como agravantes ou atenuantes na aplicação de sanções, e, entre essas últimas, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (inciso VIII).

Por oportuno, é relevante mencionar que os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos relativos ao *compliance* devem ser estabelecidos por regulamento expedido pelo Poder Executivo federal³.

O comando normativo acima transcrito (inciso VIII do art. 7º) acaba por fazer um rol legal de instrumentos adotados pelo *compliance* empresarial, devendo tal lista ser considerada meramente exemplificativa, até porque não cabe ao legislador encerrar a discussão teórica sobre o tema, que é afeto à Administração Geral, e não ao Direito.

Assim, caso uma empresa adote instrumentos que entenda adequados e eficientes na prevenção e repressão de desvios na conduta interna da corporação e de atos de corrupção lesivos à Administração Pública, tal conduta deverá ser considerada atenuante no momento da aplicação de penalidades, compondo necessariamente o relatório a ser redigido pela comissão prevista no art. 10 da Lei nº 12.846, de 2013.

Importante citar ainda que a aplicação de qualquer penalidade na esfera administrativa exige análise por parte do órgão de assessoria jurídica do órgão ou entidade, conforme preceitua o § 2º do art. 6º dessa Lei.

Outra vantagem na adoção do *compliance* decorre do caráter objetivo das sanções aplicadas, que alcança ações que não são do conhecimento de dirigentes e administradores. Assim, mesmo que eles não tenham conhecimento do ilícito praticado por um empregado ou preposto, a conduta, se tipificada no art. 5º dessa Lei, atrai a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, situação que pode ser elidida se houver estrutura que se ocupe de divulgar uma cultura organizacional ética, além de controlar a legalidade das ações empresariais. Ainda que não seja evitado o cometimento do ilícito, os esforços da pessoa jurídica devem ser considerados para fim de atenuar a penalidade a ser eventualmente aplicada.

Não custa enfatizar que a adoção da interpretação conjunta do *caput* do art. 2º com o § 1º do art. 3º, de forma puramente literal, leva a concluir que a responsabilidade objetiva aqui tratada não comportaria nem mesmo a excludente de culpa exclusiva de terceiro, o que a aproximaria da responsabilidade pelo risco integral. Até que o Poder Judiciário manifeste-se sobre o tema, o exame daqueles dispositivos implica afirmar que dirigentes e administradores serão punidos,

3 Vide parágrafo único do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013.

ainda que não saibam e não aprovem a conduta de seus propositos, bastando que os atos lesivos tragam benefício à pessoa jurídica.

Todavia, em situações peculiares, em que se mostrasse nítida a falta de razoabilidade da punição em face da existência de política de *compliance* firmemente arraigada e a verificação de ato ilícito isolado, notadamente fora da esfera de conhecimento dos dirigentes, seria possível até pensar em exclusão da punibilidade da pessoa jurídica, cabendo apenas sanção penal ao preposto.

Também cabe o registro de que a adoção dessa cultura que respeita regulamentos, códigos de conduta e leis pertinentes à lisura das relações com o poder público pode se prestar ainda como publicidade positiva das pessoas jurídicas, notadamente no que se refere à sua responsabilidade social, possibilitando a concessão de benefícios e incentivos fiscais ou creditícios por parte das agências oficiais de fomento.

Não seria exagerado dizer ainda que pessoas jurídicas que exercem atividade econômica regulada pelo Estado podem encontrar no *compliance* um importante aliado no processo permanente de fiscalização, tendo em conta que o mecanismo interno envolve auditorias e verificações que se prestam a identificar problemas na execução da atividade regulada antes de qualquer medida estatal de caráter sancionatório.

Portanto, na análise preliminar sob o aspecto jurídico, podemos afirmar que a adoção do *compliance* oferece os seguintes benefícios:

- a) configura conduta atenuante para fins de aplicação de penalidades;
- b) contribui para evitar o cometimento de ilícitos por parte de empregados e prepostos, que, mesmo sem a chancela ou o conhecimento de dirigentes e administradores, permite a responsabilização das pessoas jurídicas;
- c) caracteriza o compromisso com a responsabilidade social, possibilitando o recebimento de incentivos fiscais ou creditícios, por parte de agências de fomento;
- d) facilita o processo de fiscalização e controle pelo ente regulador, possibilitando que o regulado se previna de condutas ilícitas, potencialmente ensejadoras de medidas sancionatórias.

Finalizando a abordagem dessa Lei sobre o *compliance*, cabe registrar que, em nossa opinião, o legislador poderia ter sido mais ousado no incentivo às políticas empresariais anticorrupção, prevendo também mecanismos de premiação por conduta ética, e não somente a sanção por ilícitos praticados.

Seria interessante, por exemplo, que a Lei trouxesse a previsão de um “cadastro positivo” de empresas que adotam o *compliance*, e não apenas o “cadastro negativo” previsto no art. 22, qual seja, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

Outra medida possível seria considerar como critério de desempate nas licitações públicas o fato de os bens ou serviços serem produzidos ou prestados por empresa que tenha implementado um departamento ou uma gerência de auditoria interna e *compliance*, o que seria concretizado com uma alteração simples no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993.

5 A desconsideração da personalidade jurídica

Conforme mencionado de forma destacada no art. 14 da Lei nº 12.846, de 2013, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito, para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nessa Lei, ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, necessariamente observando o contraditório e a ampla defesa.

Vale mencionar que a desconsideração da personalidade jurídica aqui prevista adotou a chamada Teoria Maior da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil de 2002, que exige a verificação do abuso da personalidade em caso de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, e não a Teoria Menor, que se contenta com a mera insolvência e é prevista no § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor⁴.

É oportuno citar que, no âmbito do Direito Administrativo, a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer em duas situações (com adoção da Teoria Maior em ambos os casos):

- a) para fins de aplicação de sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 1.327/2012-Plenário), na hipótese de fraude comprovada;

4 Vide REsp 279.273/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 4/12/2003, DJ 29/3/2004, p. 230.

b) em caso de aplicação das sanções dessa Lei, quando a personalidade da empresa for utilizada com abuso do direito, para fins de encobrir ou dissimular atos ilícitos, ou para provocar confusão patrimonial.

6 O papel de destaque conferido à Controladoria-Geral da União, notadamente quanto à aplicação da Lei nº 12.846, de 2013, no âmbito do Poder Executivo federal e em face de atos contra a Administração Pública estrangeira

É inegável o destaque que a Lei nº 12.846, de 2013, conferiu à Controladoria-Geral da União (CGU) na condução de diversos assuntos tratados nessa norma, notadamente no que se refere à aplicação da Lei no âmbito do Poder Executivo federal e em face de ilícitos cometidos contra a Administração Pública estrangeira.

De início, deve ser dito que a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoas jurídicas cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Todavia, no âmbito do Poder Executivo federal, a CGU terá competência concorrente para instaurar tais processos de responsabilização, bem como permissão de avocar os processos instaurados com fundamento nessa Lei, notadamente para exame de sua regularidade, e para eventual correção do trâmite, conforme se verifica do teor do § 2º do art. 8º.

Compete à CGU, agora de forma exclusiva, nos termos do art. 9º, a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nessa Lei, praticados contra Administração Pública estrangeira, observado o disposto no art. 4º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Algumas observações adicionais são necessárias, a fim de esclarecer o papel conferido à CGU em relação aos ilícitos causados à Administração Pública estrangeira.

O Brasil já ratificou três tratados internacionais que preveem a cooperação internacional na área da prevenção e combate à corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra

a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, *on-line*, p. 6).

A CGU, por meio da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), nos termos do Decreto nº 5.683, 24 de janeiro de 2006, é o órgão encarregado do acompanhamento do cumprimento das convenções e dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que tenham como objetos a prevenção e o combate à corrupção.

É importante mencionar que, especialmente a partir da década de 1990, a comunidade internacional passou a dar mais atenção ao exame das consequências e dos impactos da corrupção na condução de negócios internacionais. Nesse contexto, vários desafios, tais como o combate à corrupção internacional em um cenário de globalização crescente, subsidiaram a concepção da Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. O suborno de funcionários públicos estrangeiros foi um tema inicialmente tratado pelo Grupo de Trabalho da OCDE sobre Suborno em Transações Comerciais Internacionais. O trabalho desse grupo resultou, em 1994, no primeiro acordo multilateral relacionado ao combate do suborno de servidores estrangeiros. Em 1995, a OCDE adotou a Recomendação sobre a Dedução de Impostos de Subornos de Funcionários Públicos Estrangeiros.

Em 17 de dezembro de 1997, a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais foi firmada pelos Estados membros da OCDE, aos quais se somaram Brasil, Argentina, Bulgária, Chile e República Eslovaca, entrando em vigor em 1999 (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, *on-line*, p. 7).

A Convenção trata, majoritariamente, da adequação da legislação dos estados signatários às medidas necessárias à prevenção e ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros no contexto do comércio internacional. Além de abarcar todos os três poderes dos estados signatários, a Convenção considera que a menção a “país estrangeiro” abrange todos os níveis hierárquicos e subdivisões de governo, do federal ao municipal (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, *on-line*, p. 8).

Entendida a relação da CGU com a aplicação da Convenção da OCDE em âmbito interno, é importante divisar os procedimentos a serem adotados conforme ocorra ato de corrupção lesivo à Administração Pública nacional ou estrangeira:

- a) na hipótese de ato lesivo à Administração Pública nacional, conforme a tipificação do art. 5º, podem ocorrer dois processos administrativos simultâneos: um para aferir a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica – instaurado pela autoridade máxima do órgão ou entidade ou pela CGU, no caso do Poder Executivo federal; outro para reparação integral do dano – instaurado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir (art. 17 da Lei nº 9.784, de 1999);
- b) caso o ato lesivo seja praticado contra Administração Pública estrangeira, a interpretação conjunta do art. 9º dessa Lei com os art. 3º e 4º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 2000, leva a concluir que os dois processos – de responsabilização e de reparação – serão conduzidos pela CGU, de forma exclusiva.

Voltando a analisar os termos da Lei nº 12.846, de 2013, é possível afirmar ainda que a competência para celebração de acordo de leniência é, por regra geral, da autoridade máxima de cada órgão ou entidade (art. 16, *caput*), porém, no âmbito do Poder Executivo federal e em caso de ato lesivo a Administração Pública estrangeira, tal competência foi atribuída de forma exclusiva à CGU (art. 16, § 10).

Feita a análise das peculiares competências atribuídas à CGU no âmbito dessa Lei, é possível relacionar suas atribuições da seguinte forma:

- a) instaurar processos de responsabilização de forma concorrente com a autoridade máxima de cada órgão ou ente do Poder Executivo federal (art. 8º, § 2º);
- b) avocar processo já instaurado pela autoridade máxima de cada órgão ou ente do Poder Executivo federal (art. 8º, § 2º);
- c) instaurar de forma exclusiva o processo em caso de ilícito contra a Administração Pública estrangeira (art. 9º);
- d) celebrar acordo de leniência, de forma exclusiva, no âmbito do Poder Executivo federal (art. 16, § 10);
- e) celebrar acordo de leniência em caso de atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira (art. 16, § 10);

- f) instaurar o processo de reparação integral do dano causado a Administração Pública estrangeira (art. 9º dessa Lei, c/c art. 3º e 4º da Convenção).

7 O acordo de leniência como medida que beneficia exclusivamente as pessoas jurídicas

A Lei nº 12.846, de 2013, em seu art. 16, prevê que as pessoas jurídicas podem celebrar acordo de leniência para fins de identificação dos demais envolvidos e obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. O § 1º do mesmo artigo exige que a celebração do acordo atenda a três requisitos: a pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar interesse em cooperar, cessar completamente sua participação nas ilicitudes e admitir sua participação nos ilícitos, cooperando de forma plena e permanente com as investigações e com o processo administrativo.

Cumpridos todos os requisitos e celebrado o acordo de leniência, a pessoa jurídica fica isenta, conforme § 2º do art. 16, das sanções previstas no inciso II do art. 6º (publicação da decisão condenatória) e no inciso IV do art. 19 (proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entes públicos), tendo ainda sua sanção pecuniária, prevista no inciso I do art. 6º, reduzida em até dois terços.

Apesar de parecer um acordo tentador à primeira vista, é preciso observar que não há benefício previsto para as pessoas físicas que cometem o ilícito tipificado.

Ora, se a pessoa jurídica irá celebrar acordo, apontar culpados, oferecer informações ou documentos e cooperar plenamente com as investigações, é certo que tais condutas só podem ser materializadas por pessoas físicas, notadamente seus gestores mais graduados, que detêm – ou pelo menos deveriam deter – o conhecimento das decisões estratégicas e das relações com o poder público, estando, assim, aptas a prestar colaboração de forma eficiente, mas que, pessoalmente, não se beneficiam com tais atitudes.

E nem se diga que dirigentes e administradores só serão punidos se tiverem o pleno conhecimento do ato lesivo à Administração Pública, tendo em conta que a interpretação conjunta do *caput* do art. 2º com o § 1º do art. 3º não deixa dúvida de que o simples interesse ou benefício é motivo suficiente para aplicação

de sanções, não tendo a norma, em momento algum, exigido a ciência da conduta lesiva.

Assim sendo, a confissão de ato lesivo contra o poder público, normalmente também tipificado como ilícito penal, pode até trazer vantagens à pessoa jurídica, mas certamente trará consequências gravosas às pessoas físicas. É curioso observar que, quanto mais colaborar o dirigente ou administrador, mais reduzida ficará eventual sanção pecuniária a ser imputada à pessoa jurídica, e mais implicado ficará o delator na esfera criminal (salvo se houver benefício previsto na legislação processual penal).

Por oportuno, é bom lembrar que o legislador, por ocasião da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, teve a oportunidade de elaborar um vantajoso “programa de leniência” tanto para pessoas físicas quanto para pessoas jurídicas, o que inclui a extinção da punibilidade penal em caso de cumprimento do acordo de leniência⁵.

A verdade é que a Lei nº 12.846, de 2013, não previu nenhuma forma de extensão às pessoas físicas dos benefícios que pretende conceder às pessoas jurídicas em caso de acordo de leniência, não sendo errado afirmar que a oportunidade para tal até se apresentou, quando o legislador decidiu aplicar os benefícios de forma extensiva às empresas que formam o mesmo grupo econômico, conforme redação dada ao § 5º do art. 16.

Por fim, entendemos que a fórmula genérica contida no § 4º do art. 16 (“o acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”) não permite a concessão, na esfera administrativa, de qualquer benefício ou vantagem às pessoas físicas, tendo em conta que a extinção de punibilidade penal é matéria que se insere no âmbito da reserva legal.

⁵ Vide art. 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 2011.

8 A prescrição da punibilidade das infrações e a imprescritibilidade das ações de ressarcimento – Art. 37, § 5º, da Constituição Federal

Conforme preceitua o art. 25 da Lei nº 12.846, de 2013, “prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”.

É importante registrar que o prazo prescricional previsto será interrompido com a instauração do processo administrativo de apuração da infração, nos termos do parágrafo único do art. 25.

Após a leitura da norma contida no *caput* do artigo em exame, a primeira conclusão parece óbvia: aqui se apresenta mais uma situação em que foi adotada a prescrição quinquenal para fins de punição a ser imputada por ilícito praticado contra a Administração Pública. Exemplos de normas que adotam a prescrição quinquenal das punições a serem imputadas àqueles que lesam o poder público podem ser lembrados com facilidades, cabendo citar, por sua relevância, as seguintes leis:

- a) Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990: estabelece prescrição quinquenal para a ação disciplinar que vise punir o servidor com demissão, cassação de aposentadoria, disponibilidade ou destituição de cargo em comissão (art. 142);
- b) Lei nº 8.429, de 1992: estabelece prescrição quinquenal para aplicação de sanções por improbidade administrativa aos que exercem cargo em comissão ou cargo efetivo no âmbito federal (art. 23);
- c) Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999: estabelece prescrição quinquenal para a ação punitiva da Administração Pública federal no exercício do poder de polícia (art. 1º).

A segunda conclusão que se julga possível extrair do citado art. 25 não é tão óbvia quanto a anterior. Ocorre que o texto legal ficou silente em relação à reparação integral do dano – prevista no § 3º do art. 6º –, o que pode levar à equivocada conclusão de que a reparação do dano também prescreve com o lapso temporal de cinco anos.

Todavia, por sua natureza de ressarcimento aos cofres públicos, a reparação do dano a que se refere a Lei nº 12.846, de 2013, é amparada por direito de ação

imprescritível, conforme interpretação que se extrai do teor do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, já devidamente assentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁶.

9 O regime de independência de instâncias para fins de punibilidade, previsto nos art. 3º, 18 e 30 da Lei nº 12.846, de 2013, e a possibilidade de dupla sanção pelo mesmo fato

A Lei nº 12.846, de 2013, definiu um peculiar regime de independências de instâncias para fins de punibilidade, utilizando como critérios diferenciadores a natureza do infrator, a esfera de responsabilização e a norma sancionadora aplicável, conforme se depreende da leitura dos art. 3º, 18 e 30, respectivamente, sendo possível elaborar a seguinte síntese:

- a) o art. 3º define que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual dos dirigentes e dos administradores, nem de nenhuma pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (**critério da natureza do infrator**);
- b) o art. 18 afirma que a responsabilidade da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a responsabilidade no âmbito do processo judicial (**critério da esfera de responsabilização**);
- c) o art. 30 dispõe que a aplicação de sanções previstas na Lei nº 12.846, de 2013, não afeta a aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 1992, e de atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, até mesmo no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (**critério da norma sancionadora aplicável**).

A primeira hipótese de independência de instâncias (em face da natureza do infrator) foi suficientemente abordada, quando se fez um paralelo entre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e a responsabilidade subjetiva das pessoas físicas, nada sendo necessário acrescentar.

⁶ Vide MS 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, julgado em 4/9/2008, DJE 10/10/2008.

Quanto ao **critério da esfera de responsabilização**, que permite punição tanto no âmbito administrativo quanto judicial, cabem algumas ponderações sobre os seguintes pontos:

- a) impossibilidade de cumulação de mesma espécie de sanção punitiva;
- b) natureza das sanções aplicáveis;
- c) competência concorrente do Ministério Público e do órgão de representação judicial para ajuizamento da responsabilização judicial;
- d) atuação subsidiária do Ministério Público.

A responsabilização em âmbito administrativo foi disciplinada no art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, sendo previstas como sanção, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis, a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória. No âmbito do processo judicial, conforme redação do art. 19, são cabíveis o perdimento dos bens, direitos e valores, a suspensão ou a interdição parcial de suas atividades, a dissolução compulsória e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas. Portanto, mesmo com a independência das instâncias administrativa e judicial, é impossível que uma espécie sancionatória, uma multa, por exemplo, seja aplicada de forma dúplice, ou seja, pelo mesmo fato e em momentos e instâncias distintas (*bis in idem*). Todavia, a possibilidade de dupla imputação pode ocorrer quando se permitir a incidência de norma diversa sobre os mesmos fatos, o que será analisado quando comentarmos a regra do art. 30.

Curioso observar que as sanções administrativas têm nítido caráter civil (uma de natureza pecuniária, outra com natureza de obrigação de fazer), e as sanções previstas no âmbito judicial, com exceção do perdimento de bens, direitos e valores, guardam nítida semelhança com as punições normalmente aplicadas no exercício do poder de polícia administrativa.

Outra regra que chama atenção é do *caput* do art. 19, que estabelece competência concorrente entre o Ministério Público e os órgãos de representação judicial da Advocacia Pública federal para ajuizamento das ações de responsabilidade pelos atos lesivos à Administração Pública tipificados no art. 5º. Ainda que se diga que previsão semelhante pode ser encontrada também no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, em defesa dos direitos difusos e coletivos, e no art. 17 da Lei nº 8.429, de 1992, em defesa da probidade administrativa, a regra em questão

cita, de forma específica, o órgão de representação judicial, sem adotar a menção genérica ao ente federado ou às pessoas jurídicas de sua Administração Indireta; ademais, no § 4º do mesmo art. 19 consta até mesmo a previsão de que o órgão da Advocacia Pública federal requeira a indisponibilidade cautelar de bens e direitos necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano.

Também é digno de registro que a Lei nº 12.846, de 2013, instituiu uma regra de atuação judicial subsidiária do Ministério Público na hipótese de omissão da autoridade administrativa, conforme redação do art. 20 daquela Lei. Segundo a norma citada, o Ministério Público fica autorizado a propor a aplicação conjunta das sanções previstas no art. 6º (que devem ser aplicadas no curso de um processo administrativo) com as do art. 19, sempre que a autoridade administrativa se mostrar inerte diante da ciência de atos que, em tese, sejam adequados às condutas descritas no art. 5º, hipótese em que também devem ser tomadas medidas contra o agente público omissor.

Havendo atuação subsidiária do Ministério Público nos casos em que não se instaurou processo administrativo, não cabe falar em desrespeito ao contraditório e à ampla defesa previstos no art. 8º, porque a defesa do acusado será oportunizada no curso do processo judicial. Todavia, em tal hipótese, mostra-se adequado ter ciência da manifestação do órgão de representação judicial, que não teve a oportunidade de exercer a prerrogativa descrita no § 2º do art. 6º.

Por fim, a **independência de instâncias para fins de punição prevista no art. 30** da Lei nº 12.846, 2013, apoia-se no **critério da norma sancionadora aplicável**, permitindo a cumulação das sanções daquela Lei com as penalidades previstas nas leis nº 8.429, de 1992 (improbidade administrativa), nº 8.666, de 1993 (licitações e contratos), e nº 12.462, de 2011 (RDC), caso o ato praticado represente ilícito tipificado em mais de uma norma.

Quanto ao regime jurídico previsto na Lei nº 8.429, de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, não há a menor dúvida de que as sanções ali previstas podem ser cumuladas com as da Lei nº 12.846, de 2013, tendo em conta a notória diversidade de seus escopos de incidência, pois, na primeira norma, a sanção é prevista para o agente público ou para a pessoa física que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou que dele se beneficie sob qualquer forma; na segunda, as penalidades são dirigidas somente às pessoas jurídicas.

Entretanto, quanto à aplicação conjunta de sanções previstas na Lei nº 12.846, de 2013, e na Lei nº 8.666, de 1993, é necessário conceder atenção especial a possível dupla punição em face do mesmo fato (*bis in idem*).

Entre as condutas descritas no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, é preciso atentar para aquelas estampadas no inciso IV, que se relacionam particularmente às licitações públicas e aos contratos administrativos, conforme transcrição a seguir:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

(...)

IV - no tocante a licitações e contratos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública (grifos nossos).

Analisando de forma mais acurada as sanções descritas no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, é possível vislumbrar aparente conflito com a disciplina das sanções contratuais estabelecidas na Lei nº 8.666, de 1993, notadamente as regras de seus arts. 87 e 88, reproduzidas a seguir:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação (grifos nossos).

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados (grifos nossos).

Não é preciso maior esforço interpretativo para se verificar que as condutas descritas no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, amoldam-se às hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 88 da Lei nº 8.666, de 1993.

Todavia, o aparente conflito de normas não resiste a uma observação simples: o âmbito de incidência e os destinatários da Lei nº 12.846, de 2013, no tocante às fraudes em licitações e contratos, são diversos daqueles descritos na Lei nº 8.666, de 1993. **Enquanto aquele diploma legal trata de responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas** que, conforme o inciso IV de seu art. 5º, fraudaram procedimento licitatório ou contrato firmado com o poder público, **a Lei de Licitações e Contratos, em seus art. 87 e 88, cuida de responsabilidade contratual daqueles que já pactuaram avença com a Administração Pública** (pessoas físicas ou jurídicas) e que, por tal razão, detêm com ela vínculo administrativo especial, ou relação especial de sujeição, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 811-816).

No caso das sanções motivadas pelas condutas do inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, a empresa não precisa sequer ter sido escolhida como vencedora no certame licitatório⁷, ou seja, não precisa possuir nenhum vínculo especial com o poder público, tendo em conta que a punição não decorre de sua sujeição especial pela condição de contratada – o que exigiria ao menos culpa –, mas de uma conduta típica, apenada de forma objetiva, sem que se precise demonstrar um grau de culpa⁸.

Assim, mesmo que certa conduta atenda cumulativamente à tipificação feita nas duas normas em exame (Lei nº 12.846, de 2013, e Lei nº 8.666, de 1993), mostra-se possível a **cumulação de sanções, tendo em conta a diversidade das naturezas jurídicas, sendo uma delas motivada por responsabilidade objetiva e outra por responsabilidade contratual por vínculo especial com a Administração Pública**. Em conclusão, **não há que se falar em conflito de normas quando seu escopo de aplicação é diverso**⁹.

Não bastasse toda a argumentação expedida, existe um argumento definitivo e suficiente para concluir que a aplicação das sanções da Lei nº 12.846, de 2013,

7 De fato, apenas nas condutas descritas nas letras “d”, “f” e “g” daquele inciso há possibilidade de a pessoa jurídica já ter sido contratada pela Administração.

8 Dispõe o art. 2º da Lei nº 12.846, de 2013: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

9 Ademais, ainda que possa ocorrer dupla sanção por fato que repercuta em instâncias distintas, é importante notar que uma modalidade específica de sanção nunca será aplicada de forma dúplice. Ora, se alguma das condutas descritas no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, também for verificada no âmbito da execução de um contrato administrativo, sua tipificação se fará pelo inciso II ou III do art. 88 da Lei nº 8.666, de 1993, e as sanções cabíveis serão multa – por força do art. 6º daquela Lei – e suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar ou declaração de inidoneidade – por aplicação do art. 87, III ou IV, da Lei de Licitações. Portanto, não seria possível, por exemplo, a aplicação de duas multas pelo mesmo fato considerado ilícito.

e Lei nº 8.666, de 1993, pode (e deve) ocorrer de forma cumulativa: **o comando normativo do art. 30 daquela Lei é claro em afirmar que as instâncias não se comunicam para fins de aplicação de sanção.** Vejamos o teor do artigo citado:

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (grifos nossos).

Por oportuno, mostra-se relevante expor o regime jurídico da independência de instâncias no Direito brasileiro, formado pela interpretação conjunta dos art. 125 e 126 da Lei nº 8.112, de 1990, do art. 935 do Código Civil e do art. 66 e 67 do Código de Processo Penal, a seguir colacionados:

Lei nº 8.112, de 1190

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Código Civil

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Código de Processo Penal

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

A comparação das sanções previstas na Lei nº 12.846, de 2013, com as da Lei nº 12.462, de 2011, que trata do RDC, não traz novidades a tudo o que já foi comentado, até porque o § 2º do art. 47 dessa norma permite a aplicação de todas as sanções previstas na Lei nº 8.666, de 1993.

De importante a ser citado, apenas a previsão de impedimento de licitar e a contratação com os entes federativos em caso de ocorrência de algumas das hipóteses descritas no *caput* do art. 47, entre as quais a ação de fraudar a licitação ou a execução do contrato.

10 Conclusão

Feitas essas considerações, é de se concluir que a aplicação das sanções previstas na Lei de Licitações não fica impedida por apenação em virtude da Lei Anticorrupção, podendo as normas serem aplicadas cumulativamente até pelo mesmo fato, tendo em vista que a aplicação conjunta das sanções, além de permitida pela diversidade do escopo de responsabilização previsto naquelas normas, está assegurada pelo art. 30 da Lei nº 12.846, de 2013.

Em suma, o mesmo fato ocorrido no curso de um processo de licitação ou na execução de um contrato pode ser caracterizado como conduta infracional pela Lei nº 8.666, de 1993, e como ato lesivo à Administração Pública, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013, pela independência de instâncias antes comentada, não cabendo falar em *bis in idem*.

Por último, e não se poderia deixar de registrar tal fato, a independência de instâncias punitivas e o variado rol de normas administrativas que impõem sanções aos ilícitos praticados no âmbito das licitações públicas, levam a concluir que, segundo o arcabouço legal vigente, a fraude a um procedimento licitatório ou a frustração dele poderá ensejar, mesmo de forma cumulativa, as seguintes sanções:

- a) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 88, inciso II, da Lei nº 8.666/1993);

- b) impedimento de licitar e contratar com os entes federativos por até cinco anos, quando se tratar do Regime Diferenciado de Contratações (art. 47 da Lei nº 12.462, de 2011);
- c) multa e publicação da decisão condenatória (art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013);
- d) ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, no caso de pessoa física que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 10, inciso VIII, c/c art. 12, inciso II, da Lei nº 8.429, de 1992).

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 de junho de 1992. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 fev. 2014.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 fev. 2014.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 fev. 2014.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Disponível em: <www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/cartilha.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2014

SANTOS, Renato Almeida dos. Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_ConcursoMonografias/2-Lugar-Profissionais.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2014.

A Restrição à Reclamação Constitucional que Invoca os Motivos Determinantes do Controle de Constitucionalidade – Breve abordagem à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Hermes Bezerra de Brito Júnior*

Introdução. 1 Restrição da Reclamação Constitucional com base na chamada Eficácia Transcendente da Motivação (Motivos Determinantes): impossibilidade de invocação dos fundamentos da decisão de controle de constitucionalidade para alcançar outros diplomas normativos julgados do Supremo Tribunal Federal. 2 Conclusão.

Resumo

Este artigo destina-se ao estudo de um dos pontos atinentes ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a restrição ao cabimento da Reclamação Constitucional fundamentada nos Motivos Determinantes (Eficácia Transcendente da Motivação), à luz do entendimento adotado por esse Tribunal. Para tanto, focalizou-se o uso da Reclamação que invoca os fundamentos da interpretação constitucional (Motivos Determinantes) contidos na decisão de controle de constitucionalidade. Nessa hipótese, a Reclamação recorre aos Motivos Determinantes (fundamentos) da decisão de controle de constitucionalidade, para aplicá-la sobre norma diferente da que foi examinada naquela decisão (decisão-paradigma). Objetiva-se demonstrar que o STF tem contrabalançado a tendência de concentração da jurisdição

* Advogado da União. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco.

constitucional ao restringir o cabimento da Reclamação fundada nos Motivos Determinantes do controle de constitucionalidade, como enfatiza a atual jurisprudência relativa à matéria. Tomando por base tais conceitos, este artigo apresenta uma breve abordagem acerca de único aspecto contido no imenso campo de estudo alcançado pelo controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Reclamação Constitucional. Controle de constitucionalidade. Restrição ao cabimento. Interpretação constitucional. Motivos Determinantes. Decisão-paradigma. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência.

The Restriction to the Constitutional Claim that Invokes the Constitutional Control Determinant Reasons – A brief approach in the light of the Federal Supreme Court Jurisprudence

Abstract

This article intends to study one of the aspects pertaining to the constitutionality control exercised by the Brazilian Supreme Court or Supremo Tribunal Federal (STF): the restriction to the admissibility of the Constitutional Claim founded on the Determinant Reasons (Transcendent Effectiveness Motivation) in the light of the understanding currently adopted by the Supreme Court. This essay focuses on the Claim utilization that invokes the constitutional interpretation fundamentals (Determinant reasons) contained in the constitutionality control decision. In this hypothesis, the Claim appeals to the determinant reasons (fundamentals) of the constitutionality control decision, to apply it to a different norm from the one that was examined in that decision (paradigm-decision). It aims to demonstrate that the Supreme Court (STF) has counterbalanced the constitutional jurisdiction concentration tendency, by restricting the admissibility of the Claim based on the constitutionality control Determinant Reasons. It is what emphasizes the current jurisprudence related to the subject. The present article consists of a brief approach of an only aspect contained in the immense field of study reached by the constitutionality control.

Keywords: Constitutional Claim. Constitutionality Control. Admissibility Restriction Constitutional Interpretation. Determinant Reasons. Paradigm-decision. Supreme Court. Jurisprudence.

Introdução

Importa analisar, em linhas gerais, o controvertido manejo da Reclamação Constitucional (ou simplesmente Reclamação), com a finalidade de emprestar efeito vinculante aos fundamentos (Motivos Determinantes) da interpretação constitucional, contidos em decisão de controle de constitucionalidade (concentrado e difuso) que versou sobre dispositivo normativo diferente daquele que é objeto da Reclamação.

A Reclamação Constitucional, expressamente prevista no art. 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal de 1988, destina-se a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal (STF) e garantia da autoridade de suas decisões, *verbis*:

Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

[...].

Em suma, a jurisdição constitucional pode ser definida como “a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática” (AGRA, 2012, p. 646).

Marinoni assinala que “a técnica da eficácia vinculante da fundamentação se funda na ideia de que, na decisão, não só o dispositivo, mas também os fundamentos devem adquirir estabilidade, devendo, por isso, ser realçados e externados com eficácia vinculante” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013, p. 935).

A importância de assegurar a efetividade dos ditames constitucionais, por meio dos parâmetros emanados do STF, acaba por ensejar a concentração da jurisdição constitucional, traduzindo a chamada “objetivação do controle difuso de constitucionalidade” (DIDIER JÚNIOR, CUNHA, 2013. v.3, p. 371).

O controle abstrato de constitucionalidade traduz a técnica de decisão acerca do ato normativo em si considerado, ou seja, o controle da constitucionalidade é realizado abstratamente, em tese, e não sobre determinado conflito de interesses. Em outras palavras, a decisão tomada em sede de controle abstrato de constitucionalidade não se destina a solucionar uma controvérsia entre específicos sujeitos de direitos, pois não tem natureza subjetiva, mas sim objetiva.

A natureza objetiva (abstrata) significa que a verificação da constitucionalidade tem por objeto as hipóteses de incidência da norma questionada à luz da Constituição, de modo que o controle de constitucionalidade é o objeto principal do processo. Já no controle subjetivo (concreto) de constitucionalidade, a decisão sobre a questão constitucional é simples questão incidental ou prévia, isto é, um antecedente lógico do julgamento de mérito ou final.

Logo, a “objetivação do controle difuso de constitucionalidade” traduz a hipótese em que a decisão do controle concreto ou subjetivo transcende o específico caso e passa a ser aplicada em outras demandas, tal como ocorre no controle abstrato ou objetivo.

A par disso, a denominada Eficácia Transcendente da Motivação (Motivos Determinantes ou Transcendência) traduz o fenômeno processual em que o efeito vinculante e geral não fica restrito à parte dispositiva (a conclusão) da decisão do STF e passa a alcançar os seus fundamentos, ou seja, os Motivos Determinantes (*ratio decidendi*). Daí se falar em Transcendência ou Eficácia Transcendente da Motivação (fundamentos). A esse respeito, cabe adotar a definição de Marinoni (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013, p. 942):

Com a expressão “eficácia transcendente da motivação” se pretende significar a eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que contêm particularidades próprias e distintas, mas que, na sua integridade, enquanto questão a ser resolvida, são similares à já decidida, e, por isso, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal quando da decisão. Embora os casos tenham suas inafastáveis particularidades, a sua substância, vista como questão de direito a

ser solucionada pelo tribunal, é a mesma. Assim, se a norma x foi considerada inconstitucional em virtude das razões y, a norma z, porém substancialmente idêntica a x, exige a aplicação das razões y.

Esse entendimento tem repercussões práticas importantes, pois permite ao STF aplicar a interpretação constitucional contida nos fundamentos (Motivos Determinantes) de uma decisão (tese constitucional), para controvérsias instauradas sobre diplomas normativos diferentes daquele objeto da decisão-paradigma, invocada na Reclamação.

Ocorre, assim, ampliação ou concentração do controle de constitucionalidade exercido pelo STF, cuja decisão não fica mais adstrita à norma especificamente examinada no dito controle, mas alcança os fundamentos da decisão, que podem ser aplicados a outros casos, isto é, a outros diplomas normativos.

Nesse sentido, ocorre maior alcance da Reclamação, que também passa a ser cabível quando invoca os Motivos Determinantes da decisão de controle de constitucionalidade, para aplicá-la sobre norma diferente daquele objeto da decisão-paradigma, isto é, daquela sobre a qual o STF fundamentou o controle de constitucionalidade invocado.

1. Restrição da Reclamação Constitucional com base na chamada Eficácia Transcendente da Motivação (Motivos Determinantes): impossibilidade de invocação dos fundamentos da decisão de controle de constitucionalidade para alcançar outros diplomas normativos julgados do Supremo Tribunal Federal

Interessa examinar se os fundamentos da interpretação constitucional, isto é, os Motivos Determinantes da decisão de controle de constitucionalidade (decisão-paradigma), possuem a Eficácia Transcendente, a ponto de serem aplicáveis sobre diplomas normativos diferentes daquele que foi objeto do controle de constitucionalidade invocado (decisão-paradigma).

Essa ampliação do cabimento da Reclamação ocorre por meio da aplicação dos Motivos Determinantes de uma decisão de controle de constitucionalidade (tese

constitucional) para controvérsias instauradas em torno de diploma normativo diferente daquele que foi objeto da decisão-paradigma. É a transcendência dos Motivos Determinantes, isto é, da razão de decidir (*ratio decidendi*).

De fato, existem julgados do STF, em sede de Reclamação, nos quais restou admitido o uso do aludido instituto processual para aplicação de decisão de controle de constitucionalidade em face de diploma normativo diferente do que foi objeto do controle de constitucionalidade (decisão-paradigma).

Cabe transcrever as ementas dos seguintes julgados:

EMENTA¹: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Preliminar. **Cabimento. Admissibilidade da reclamação** contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a **exegese constitucional** consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de **controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua.**

2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. **Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003:** Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal.

3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária.

4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a **violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade**

1 Supremo Tribunal Federal. Rcl 1987, Relator (a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2003, DJ 21-05-2004 PP-00033 Ement Vol-02152-01 PP-00052, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição **devem ser observados** por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente.

EMENTA²: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL, EM CURSO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE, COM LIMINAR DEFERIDA. RECLAMAÇÃO PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCEDÊNCIA.

1. Dispõe o art. 106, I, “c”, da Constituição do Estado de Sergipe: “Art. 106. compete, ainda, ao Tribunal de Justiça: I - processar e julgar originariamente: ... “c” - a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos estaduais em face da Constituição Estadual e de lei ou de ato normativo municipal em face da Constituição Federal ou da Estadual”.

2. Com base nessa norma, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe tem julgado Ações Diretas de Inconstitucionalidade de leis municipais, mesmo em face da Constituição Federal.

3. **Sucede que esta Corte**, a 13 de março de 2002, **tratando de norma constitucional semelhante** do Estado do Rio Grande do Sul, **no julgamento da ADI nº 409**, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE (DJ de 26.04.2002, Ementário nº 2066-1), decidiu: “Controle abstrato de constitucionalidade de leis locais (CF, art. 125, § 2º): cabimento restrito à fiscalização da validade de leis ou atos normativos locais - sejam estaduais ou municipais - em face da Constituição estadual: invalidade da disposição constitucional estadual que outorga competência ao respectivo Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de normas municipais em face também da Constituição Federal: precedentes”.

4. **Adotados os fundamentos apresentados nesse aresto unânime do Plenário e em cada um dos precedentes neles referidos**, a presente

2 Supremo Tribunal Federal. Rcl 595, Relator (a): Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2002, DJ 23-05-2003 PP-00031 Ementa Vol-02111-04 PP-00823, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

reclamação é julgada procedente, para se extinguir, sem exame do mérito, o processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02/96, proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado Sergipe, por falta de possibilidade jurídica do pedido, cassada definitivamente a medida liminar nele concedida.

5. **Incidentalmente, o S.T.F. declara a inconstitucionalidade** das expressões “Federal ou da”, constantes da alínea “c” do inciso I do art. 106 da Constituição do Estado de Sergipe.

6. A esse respeito, será feita comunicação ao Senado Federal, para os fins do art. 52, X, da Constituição Federal. E também ao Tribunal de Justiça de Sergipe.

Essa ampliação do uso da Reclamação também foi adotada pelo STF, na Rcl 4.987, em decisão da lavra do Exm^o. Senhor Ministro Gilmar Mendes: Rcl 4.987 MC, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 7/3/2007, publicado em DJ 13/3/2007 PP-00028 RTJ VOL-00200-01 PP-00287 RDDP n. 50, 2007, p. 162-165.³

É imperioso ressaltar que, nesse julgado (Rcl 4987), o Ministro Gilmar Mendes houve por ressaltar que o STF, em sede de Reclamação, pode decidir acerca da constitucionalidade de lei de teor idêntico ou semelhante à lei que já foi objeto da sua anterior fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Entretanto, os julgados mais recentes do STF têm demonstrado que ainda não é admitida tal ampliação de cabimento da Reclamação com base em desrespeito às decisões de controle de constitucionalidade, mediante a invocação da transcendência dos motivos determinantes. Vale dizer, o STF tem rejeitado a tese Eficácia Transcendente da Motivação (Motivos Determinantes).

Efetivamente, em vários julgados, o STF consignou a inadmissibilidade de Reclamação ajuizada com fundamento em decisões de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, que versaram sobre diplomas normativos diferentes daquele abordado na Reclamação.

É o que se observa nos seguintes julgados:

3 Supremo Tribunal Federal. Rcl 4987 MC, Relator (a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 7/3/2007, publicado em DJ 13/03/2007 PP-00028 RTJ Vol-00200-01 PP-00287 RDDP n. 50, 2007, p. 162-165. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar/jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

EMENTA⁴: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADO DESRESPEITO AO ACÓRDÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.868. INEXISTÊNCIA. LEI 4.233/02, DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA/SP, QUE FIXOU, COMO DE PEQUENO VALOR, AS CONDENAÇÕES À FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL ATÉ R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS). FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E O ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a **atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal.**

2. **Inexistência de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático.** Enquanto aquela reconheceu a inconstitucionalidade da Lei municipal 4.233/02 “por ausência de vinculação da quantia considerada como de pequeno valor a um determinado número de salários mínimos, como fizera a norma constitucional provisória (art. 87 do ADCT)”, este se limitou “a proclamar a possibilidade de que o valor estabelecido na norma estadual fosse inferior ao parâmetro constitucional”.

3. Reclamação julgada improcedente.

EMENTA⁵: RECLAMAÇÃO. A reclamação pressupõe a usurpação da competência do Supremo ou o desrespeito à decisão proferida. Descabe emprestar-lhe contornos próprios ao incidente de uniformização, **o que ocorreria caso admitida a teoria da transcendência dos motivos determinantes.** Precedentes: Reclamação nº 3.014/SP, Pleno, relator ministro Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 21 de maio de 2010.

EMENTA⁶: RECLAMAÇÃO A reclamação pressupõe a usurpação da competência do Supremo ou o desrespeito à decisão proferida. Descabe emprestar-lhe contornos próprios ao incidente de uniformização,

4 Supremo Tribunal Federal. Rcl 3014, Relator (a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 10/3/2010, DJe-091 Divulg 20-5-2010 Public 21-5-2010 Ement Vol-02402-02 PP-00372, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

5 Supremo Tribunal Federal. Rcl 11477 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 29/5/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 29-8-2012 PUBLIC 30-8-2012, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 28 out. 2013.

6 Supremo Tribunal Federal. Rcl 11478 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 5/6/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 20-6-2012 PUBLIC 21-6-2012, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 28 out. 2013.

o que ocorreria caso admitida a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Precedente: Reclamação nº 3.014/SP, Pleno, relator ministro Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 21 de maio de 2010.

EMENTA⁷: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.261/RO. ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO PODER EXECUTIVO POR CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. PRERROGATIVA DOS PROCURADORES DE ESTADO. DIPLOMA NORMATIVO DIVERSO. TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL ENTRE A NORMA IMPUGNADA E A DECISÃO PARADIGMA. PRETENSÃO DE FAZER USO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

EMENTA⁸: AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. SUPRESSÃO PELA FIOCRUZ DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SEM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 3. NÃO OCORRÊNCIA. APLICABILIDADE DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES REJEITADA PELO SUPREMO. AGRAVO DESPROVIDO.

I – Só é possível verificar se houve ou não descumprimento da Súmula Vinculante 3 nos processos em curso no Tribunal de Contas da União, uma vez que o enunciado, com força vinculante, apenas àquela Corte se dirige.

II – Este Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, rejeitou a aplicação da chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”.

III – Agravo a que se nega provimento.

EMENTA⁹: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO QUE DECIDIDO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.229/ES.

7 Supremo Tribunal Federal. Rcl 13300 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2012, Processo Eletrônico DJe-036 Divulg 22-2-2013 Public 25-2-2013, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

8 Supremo Tribunal Federal. Rcl 9778 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011, DJe-215 Divulg 10-11-2011 Public 11-11-2011 Ement Vol-02624-01 PP-00019, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

9 Supremo Tribunal Federal. Rcl 5216 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 13/6/2012, Acórdão Eletrônico DJe-184 Divulg 18-9-2012 Public 19-9-2012, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

1. Inexistência de identidade material entre a decisão reclamada e o julgado tido como paradigma.

2. Inaplicabilidade da teoria dos motivos determinantes. Precedentes.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

EMENTA¹⁰: I. Reclamação. Ausência de pertinência temática entre o caso e o objeto da decisão paradigma. Seguimento negado. II. Agravo regimental. Desprovimento. Em recente julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade (RCL 2475-AgR, j. 2.8.07).

EMENTA¹¹: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DE MULTA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO QUE DECIDIDO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 551/RJ. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. **Ato reclamado que examina legislação estadual diferente da analisada no julgado apontado como descumprido.** Inexistência de identidade material entre a decisão reclamada e os julgados tidos como paradigmas. Precedentes.

Esse entendimento, quanto ao controle concentrado-abstrato, o STF também adota, com maior razão (a nosso ver), para inadmitir a Reclamação fundada em decisões de controle difuso-concreto. É o que se verifica dos seguintes julgados:

EMENTA¹²: RECLAMAÇÃO. Alegação de afronta à decisão proferida em agravo regimental em agravo de instrumento. **Causa de índole subjetiva. Decisão desprovida de eficácia erga omnes. Vinculação restrita às partes.** Autoridade diversa daquela que é sujeito processual do recurso extraordinário. Processo extinto, sem julgamento de mérito. Inteligência do art. 102, I, “I”, da CF. Precedentes. Agravo regimental improvido. **Não cabe reclamação por suposta ofensa à autoridade de decisão proferida em processo subjetivo, do qual não é nem foi parte o reclamante.**

10 Supremo Tribunal Federal. Rcl 2990 AgR, Relator (a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/8/2007, DJe-101 Divulg 13-9-2007 Public 14-9-2007 DJ 14-9-2007 PP-00030 Ement Vol-02289-01 PP-00087, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

11 Supremo Tribunal Federal. Rcl 8780 AgR, Relator (a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2009, DJe-232 Divulg 10-12-2009 Public 11-12-2009 Ement Vol-02386-01 PP-00178 LEXSTF v. 32, n. 374, 2010, p. 205-211, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

12 Supremo Tribunal Federal. Rcl 5335 ED, Relator (a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 17/3/2008, DJe-083 Divulg 08-05-2008 Public 09-05-2008 Ement Vol-02318-01 PP-00130 RTJ Vol-00204-03 PP-01157, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

EMENTA¹³: RECLAMAÇÃO – ALEGADO DESRESPEITO A DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM PROCESSOS DE ÍNDOLE SUBJETIVA, VERSANDO CASOS CONCRETOS NOS QUAIS A PARTE RECLAMANTE NÃO FIGUROU COMO SUJEITO PROCESSUAL - INADMISSIBILIDADE - INADEQUAÇÃO DO EMPREGO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO RESCISÓRIA, DE RECURSOS OU DE AÇÕES JUDICIAIS EM GERAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO DE RECLAMAÇÃO - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- Não se revela admissível a reclamação quando invocado, como paradigma, julgamento do Supremo Tribunal Federal proferido em processo de índole subjetiva que versou caso concreto no qual a parte reclamante sequer figurou como sujeito processual. Precedentes.

- Não cabe reclamação quando utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a jurisprudência desta Suprema Corte, em situações nas quais os julgamentos do Supremo Tribunal Federal não se revistam de eficácia vinculante, exceto se se tratar de decisão que o STF tenha proferido em processo subjetivo no qual haja intervindo, como sujeito processual, a própria parte reclamante.

- O remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

- A reclamação, constitucionalmente vocacionada a cumprir a dupla função a que alude o art. 102, I, “I”, da Carta Política (RTJ 134/1033), não se qualifica como sucedâneo recursal nem configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado, eis que tal finalidade revela-se estranha à destinação constitucional subjacente à instituição dessa medida processual. Precedentes.

Vale a pena ressaltar o que observa Marcelo Novelino (2013, p. 918):

O instituto da reclamação possui uma **dupla função de ordem político-jurídica** consistente na preservação da competência e na garantia da autoridade das decisões do STF e do STJ. Sua ‘finalidade’, adverte a Min. Carmen Lúcia, não é antecipar julgados, atalhar julgamentos ou fazer

13 Supremo Tribunal Federal. Rcl 4381 AgR, Relator (a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/6/2011, DJe-150 Divulg 04-8-2011 Public 05-8-2011 Ement Vol-02560-01 PP-00059, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

sucumbir decisões sem que se atenha à legislação processual específica qualquer discussão ou litígio a ser solucionado juridicamente, razão pela qual se exige, para seu cabimento, a analogia absoluta entre a decisão paradigma supostamente descumprida e a situação na qual se alegue o seu descumprimento.

Desse modo, a Reclamação não pode ser utilizada para aplicar determinada decisão de controle de constitucionalidade (decisão-paradigma) sobre diplomas normativos diferentes daquele que foi objeto de exame na decisão-paradigma.

Portanto, à luz da jurisprudência recente do STF, é possível observar restrição ao cabimento de Reclamação fundada nos Motivos Determinantes do controle de constitucionalidade.

2 Conclusão

É certo que a força normativa da Constituição não pode prescindir da uniformidade das decisões judiciais, mediante a observância da interpretação constitucional emanada do STF.

Daí se observar a tendência de concentração da jurisdição constitucional, até mesmo por meio da Reclamação Constitucional, que invoca os Motivos Determinantes da decisão de controle de constitucionalidade, para aplicá-la sobre norma diferente da que foi objeto da decisão-paradigma.

O STF, contudo, tem contrabalançado o uso desmedido da Reclamação, tendo em conta, provavelmente, o amplo campo de matérias alcançadas, direta ou indiretamente, pelas normas constitucionais (a Constituição de 1988 é bastante analítica).

De efeito, o STF tem negado cabimento à Reclamação fundada nos Motivos Determinantes da decisão de controle de constitucionalidade, impossibilitando seu alcance em relação à norma diferente daquela objeto da decisão-paradigma, sobre a qual houve o controle de constitucionalidade.

Com acerto, o STF tem atentado para o fato de que a Reclamação não pode ser exageradamente dimensionada, transformando-se em sucedâneo recursal, em detrimento das vias recursais regulares, o que implicaria ofensa ao próprio devido processo legal.

A limitação ao cabimento da Reclamação revela-se necessária, pois seu uso irrestrito, por meio da invocação dos Motivos Determinantes, antes de assegurar a preservação da sua competência e da autoridade de suas decisões, acabaria por representar desvirtuamento desse importante instrumento processual, de modo que se transformasse a jurisdição constitucional em simples instância revisora das decisões dos tribunais e juízes de primeira instância.

Forçoso notar que o cabimento de Reclamação apenas com base nos motivos determinantes não encontra respaldo na previsão constitucional (art. 102, I, “I”, da CF/1988), configurando supressão de instância (atalho processual), pois impede o regular curso das vias processuais ordinárias e, conseqüentemente, fragiliza o princípio da segurança jurídica.

Portanto, o STF tem rejeitado a tese dos Motivos Determinantes ou da Eficácia Transcendente da Motivação.

Cabe ressaltar, porém, que a questão é polêmica, conforme já anota a doutrina.¹⁴

De qualquer sorte, nesta quadra, conclui-se, à luz dos julgados do STF, que há restrição ao cabimento de Reclamação fundada nos Motivos Determinantes.

É mais um passo na construção e no desenvolvimento da Reclamação Constitucional bem como da evolução da jurisdição constitucional brasileira.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 947.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 595**, Relator (a): Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 28/8/2002, DJ 23-5-2003 PP-00031 Ement Vol-02111-04 PP-00823. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

_____. **Rcl 1.987**, Relator (a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 1º/10/2003, DJ 21-5-2004 PP-00033 Ement Vol-02152-01 PP-00052. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

_____. **Rcl 4987 MC**, Relator (a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 7/3/2007, publicado em DJ 13/3/2007 PP-00028 RTJ Vol-00200-01 PP-00287 RDDP n. 50, 2007, p. 162-165. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

_____. **Rcl 2990 AgR**, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/8/2007, DJe-101 Divulg 13-9-2007 Public 14-9-2007 DJ 14-9-2007 PP-00030 Ement Vol-02289-01 PP-00087. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Rcl 5.335 ED**, Relator (a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 17/3/2008, DJe-083 Divulg 8-5-2008 Public 9-5-2008 Ement Vol-02318-01 PP-00130 RTJ Vol-00204-03 PP-01157. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Rcl 8.780 AgR**, Relator (a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2009, DJe-232 Divulg 10-12-2009 Public 11-12-2009 Ement Vol-02386-01 PP-00178 LEXSTF v. 32, n. 374, 2010, p. 205-211. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Rcl 3.014**, Relator (a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 10/3/2010, DJe-091 Divulg 20-5-2010 Public 21-5-2010 Ement Vol-02402-02 PP-00372. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Rcl 4.381 AgR**, Relator (a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/6/2011, DJe-150 Divulg 4-8-2011 Public 5-8-2011 Ement Vol-02560-01 PP-00059. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Rcl 9.778 AgR**, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011, DJe-215 Divulg 10-11-2011 Public 11-11-2011 Ement Vol-02624-01 PP-00019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Rcl 11.477 AgR**, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 29/5/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 29-8-2012 PUBLIC 30-8-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 28 out. 2013.

_____. **Rcl 11.478 AgR**, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 5/6/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 20-6-2012 PUBLIC 21-6-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 28 out. 2013.

_____. **Rcl 5.216 AgR**, Relator (a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 13/6/2012, Acórdão Eletrônico DJe-184 Divulg 18-9-2012 Public 19-9-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

_____. **Rcl 13.300 AgR**, Relator (a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2012, Processo Eletrônico DJe-036 Divulg 22-2-2013 Public 25-2-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

DERBLI, Felipe. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: FGV *on-line*, 2013. Apostila.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v.3.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Notas Gerais e Críticas sobre o Regime dos Bens Públicos*

Leandro Sarai**

Introdução. 1 Premissas metodológicas. 2 Conceituação. 3 Classificação. 4 Afetação e desafetação. 5 Características. 6 Aquisição de bens pelos entes públicos. 7 Uso dos bens públicos. 8 Retirada do bem da esfera jurídica do ente público. 9 Considerações finais.

Resumo

Estuda conceito de bem público. Analisa a classificação dos bens públicos no Código Civil. Apresenta conceito de afetação e desafetação. Elenca as características peculiares dos bens públicos. Trata da aquisição de bens pelas pessoas jurídicas de direito público interno. Elenca aspectos relativos ao uso dos bens públicos. Retrata as formas da retirada do bem da esfera jurídica do ente público.

Palavras-chave: Bens públicos. Conceito. Classificação. Características. Aquisição. Uso. Extinção. Alienação.

* Publicado originalmente no Boletim de Direito Administrativo nº 6, junho de 2012, ano XXVIII, São Paulo: NDJ, p. 664-682.

** Doutorando e mestre em Direito Político e Econômico e especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, de SP. Procurador do Banco Central do Brasil. Ex-Procurador do Município de Barueri, SP.

General and Critical Notes about the Legal Regime of Public Goods

Abstract

It studies the concept of public good. It analyzes the classification of public goods in the Brazilian Civil Code. It introduces the concept of public allocation and deallocation. It lists the peculiar characteristics of public goods. It treats about the acquisition of property by legal persons governed by public law. It shows aspects relating to the use of public goods. It studies the ways of withdrawal of the public goods from the legal sphere of the public entities.

Keywords: *Public goods. Concept. Classification. Characteristics. Acquisition. Use. Extinction. Disposal.*

Introdução

A Administração Pública existe como instrumento para que a República alcance os objetivos constitucionalmente fixados. Para tanto, age vinculada a princípios previstos na Constituição e depende de certos instrumentos para realizar seus fins, entre eles, os bens públicos. Em última análise, o bem público é o que pertence ao povo, de modo que o que se faz com ele depende da manifestação da vontade popular, que se dá, em regra, por meio de lei.

A lei regula a forma de aquisição, de uso e de desfazimento dos bens públicos. Com base nesse pressuposto, este estudo buscará trazer notas gerais, isto é, comuns a todos os bens públicos. Ao mesmo tempo, procurará, se for o caso, tecer eventuais críticas quando a lição da doutrina não estiver adequada aos termos da lei.

Em primeiro lugar, apresentará as premissas a serem adotadas no trato do tema. Com base nessas premissas, buscará o conceito de bem público. Relacionado a esse conceito, apresentará a classificação legal dos bens públicos, a noção de afetação e de desafetação, bem como as características peculiares deles.

Conceituado o bem público, será visto seu ingresso na titularidade de um ente público e as peculiaridades para tanto. Ao ingressar o patrimônio público,

interessa verificar a forma de utilização dos bens públicos, mesmo quando particulares fazem uso privativo deles.

Por fim, caberão algumas palavras sobre a saída do bem público da esfera jurídica dos entes públicos.

1 Premissas metodológicas

Tratar do regime dos bens públicos, ainda que de modo geral, é analisar o conjunto de normas que os regem, compreender os princípios que os informam, construindo um sistema interpretativo pautado no próprio ordenamento jurídico (SUNDFELD, 1996, p. 135-136).

De nada adiantará dizer que, em determinado país, a concessão é um tipo de contrato, se, na legislação do Brasil, houver outra definição. Da mesma forma, não terá valor o ensinamento da doutrina, se ele contrariar a redação da lei. Assim, terão mais valor, em ordem de prioridade, os argumentos pautados em disposição normativa.

Porém, mesmo diante de texto expresso de lei, não se deve olvidar que “deve o direito ser interpretado inteligentemente não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões insubsistentes ou impossíveis.” (MAXIMILIANO, 2003, p. 136).

Somente quando a norma mencionar algum termo sem defini-lo é que ganhará mais força o auxílio da doutrina. Isso porque, nesses casos, presume-se que o legislador tenha utilizado o conceito corrente.

É certo que não se pode olvidar o risco de se tomar um conceito de determinada lei para aplicação geral. Às vezes, certo conceito somente se aplica ao diploma em que ele está contido, outras, ao ente político que o editou, abrangendo ou não os entes da Administração Indireta. Cite-se, por exemplo, o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (BRASIL, 1967), em que há conceitos de entes da Administração Indireta. Alguns conceitos originariamente lá estabelecidos foram alterados pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969.

Não bastasse o fato de esses conceitos haverem sido alterados, a lei que criará esses entes – pois hão de ser criados por lei – não necessitará seguir o conceito dado pelo Decreto-lei nº 200, de 1967, já que a nova lei terá a mesma hierarquia

que esse Decreto-lei. Aliás, a lei nova prevalece sobre a mais antiga. Com isso, não haveria nenhum óbice ao fato de a lei nova criar um ente denominado empresa pública, mas com capital público composto não só por entes da União, mas por diversos entes públicos da Federação.

Nessa hipótese, haveria gritos em razão da falta de técnica, de atentado contra a univocidade científica, ou de que esse novo diploma estaria causando confusão no sistema jurídico. Mas não haveria inconstitucionalidade nela.

Não só a nova lei poderia fazer isso, mas mesmo a jurisprudência acaba, no caso concreto, ao interpretar a lei vigente, por fazer certas afirmações que poderiam até causar surpresa. Vale registrar, a propósito, o exemplo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que, apesar de ser empresa pública, teve reconhecida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 229.696-7, a imunidade e a impenhorabilidade de seus bens. É certo que, para tanto, reconheceu-se como recepcionada a norma do art. 12 do Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969, que lhe assegurava tal situação. Contudo, no voto do Ministro Carlos Velloso, e aqui está a surpresa, houve a menção de que ela teria natureza jurídica de uma autarquia (BRASIL, 2002).

2 Conceituação

É tormentosa a construção de um conceito de bem público, já que tanto o termo “bem” como a palavra “público” são equívocos (GASPARINI, 2008, p. 864). Bem é noção fundamental do direito ao lado das pessoas e dos fatos jurídicos, tanto que abrem o Código Civil em sua Parte Geral (BRASIL, 2002). Bens são objetos de relações jurídicas (MELLO, 2003, p.178) ou, mais precisamente, de direitos subjetivos (LEITE, 2006).

Podem ser tidos como gênero do qual as coisas são espécies. Nesse sentido, eles ocorrem na Parte Geral do Código Civil, e as coisas constam da Parte Especial (BRASIL, 2002). As coisas seriam os bens corpóreos. A palavra “bens” compreende “coisas, direitos reais, obrigacionais e hereditários”, sendo que os bens econômicos formam o que se chama patrimônio (BEVILÁQUA, 1940, p. 269; MELLO, 2003, p. 197).

Aqueles que definem bens como “coisas úteis ao homem”, empregam o verbete “coisa” não no sentido jurídico, mas no sentido extrajurídico, que consiste em tudo o que é exterior ao homem. Por estar no princípio, no fundamento do direito, por ser gênero, não se encontram termos jurídicos para defini-lo, mas extrajurídicos.

No entanto, também há o termo “coisa” com sentido jurídico, utilizado para designar os bens corpóreos, como dito. Gisele Pereira Jorge Leite (2006) realiza amplo apanhado doutrinário, demonstrando as controvérsias a respeito do conceito de bem. Em seu texto, nota-se convergência dos autores quanto ao fato de os bens serem úteis ao homem ou passíveis de valoração. Porém, não se deve olvidar que aquilo que é útil para determinada pessoa pode não ser útil para outra. Com isso, o objeto seria ou não bem, conforme a pessoa envolvida. Também a possibilidade de valoração ou de apreciação pecuniária sofre de certa forma do mesmo problema.

Enfim, a utilidade ou o valor de algo parece não importar juridicamente. São noções do mundo extrajurídico. Algo pode ser considerado bem, no sentido jurídico, porque extrajuridicamente tem valor ou é útil, mas, juridicamente, o que há de elementar e comum em todos os bens é o fato de serem objetos de direito subjetivo (VENOSA, 2003, p. 313), conforme definido pelo próprio ordenamento.

O ordenamento jurídico ou Direito, sob certo sentido, é um conjunto de normas voltadas para orientar o comportamento humano em sociedade (KELSEN, 1995, p. 33) e, em última análise, a garantir a paz social. O Direito, como ordenamento, incide sobre tudo aquilo que possa, de certa forma, servir à satisfação dos interesses dos homens e, portanto, ser objeto de eventuais conflitos. Para tanto, como se vê na Parte Geral do Código Civil, rege as pessoas, os agentes do direito, os bens, como objetos do direito, e os fatos jurídicos, que são os fenômenos jurídicos, geradores e transformadores do direito.

Nessa linha, tanto objetos materiais (prédios, terrenos, veículos) quanto imateriais (direitos etc.) são bens. Basta atentar, por exemplo, para os termos do art. 80, I, do Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; [...]”.

Para a finalidade deste artigo, mostra-se suficiente, em princípio, a conceituação de bem como objeto de direito subjetivo. Com base nela, pode-se dizer que bem público é espécie de bem. Bens públicos são aqueles titulados por

pessoas jurídicas de direito público interno, e bens particulares, todos os demais, conforme os expressos termos do art. 98 do Código Civil (BRASIL, 2002).

São pessoas de direito público interno, de acordo com o art. 41 do Código a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios, as autarquias, as associações públicas e “as demais entidades de caráter público criadas por lei” (BRASIL, 2002). Por conveniência, será adotada neste trabalho a nomenclatura “ente público” para se referir a essas pessoas jurídicas.

Apesar dos termos da lei, predomina na doutrina administrativista o entendimento de que o que importa para o enquadramento do bem como sendo público é sua destinação a uma finalidade pública, e não seu proprietário (GASPARINI 2008, p. 865; MELLO, 2011, p. 921; MEIRELLES, 2008, p. 526).

Para Hely Lopes Meirelles (2008, p. 526), “bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais”. Como se vê aqui, mesmo as pessoas jurídicas de direito privado poderiam ser titulares de bens públicos.

Em sentido contrário, leciona José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 1.050), considerando privados os bens dessas pessoas, “mesmo que em certos casos a extinção dessas entidades possa acarretar o retorno dos bens ao patrimônio da pessoa de direito público de onde se haviam originado”.

Segundo Clóvis Beviláqua, o Código Civil distingue os bens particulares e os públicos em razão do modo diverso pelo qual se exerce sobre esses os direitos de seus titulares (1940, p. 300).

É certo que há bens públicos que são explorados por particulares, como as rodovias administradas por concessionárias ou os espaços em prédios públicos cedidos para instalação de feiras ou comércio. Há também bens particulares utilizados pelo Poder Público, como nos casos de requisição, prevista no art. 5º, XXV da Constituição (BRASIL, 1988), ou de imóveis alugados para instalar repartições públicas. Por isso, José Cretella Júnior aponta como falho o critério da destinação (1975, p. 19) e sugere que esse critério seja considerado conjuntamente com a titularidade (1975, p. 21).

Embora possa se considerar como controverso ou contrário ao disposto no art. 98 do Código Civil, o enquadramento de bens pertencentes a particulares como sendo bens públicos, deve-se reconhecer a peculiar condição em que

se encontram esses bens privados, quando utilizados para satisfação de uma finalidade pública.

Daí ser importante fixar, para justificar essa situação, duas noções. Uma delas, de certo modo, já foi exposta. É o fato de que direitos também podem ser considerados bens. Com isso, se um ente público, por exemplo, alugar um imóvel, embora esse bem não se converta em público, é inquestionável que o direito de o ente utilizá-lo será considerado bem público. Nesses casos, o art. 53 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991¹, para alguns tipos de serviços, impõe certas restrições para a rescisão do contrato.

Outra noção importante, que pode ser utilizada para justificar a especial sujeição de bens particulares ao atendimento do interesse público, é a noção de domínio público, que compreenderia os bens efetivamente públicos e aqueles com essa destinação (MEIRELLES, 2008, p. 523).

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 523) esclarece que a expressão “domínio público” é empregada com os mais diferentes sentidos pelos autores, valendo ressaltar que ela abrangeria o domínio eminente e o domínio patrimonial. O domínio público é exteriorizado como poderes da Soberania, de o Estado reger tudo o que está em seu território, justificando, com base nele, as limitações de direitos até mesmo sobre bens de particulares, este manifestado como direitos de propriedade do Estado (2008, pp. 523/524). No mesmo sentido, posiciona-se José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 1.047).

A contrapartida do domínio eminente é a possibilidade de sujeitar a propriedade privada a restrições em nome do interesse público. Por isso, embora garantido o direito de propriedade no inciso XXII do art. 5º da Constituição, impõe-se o atendimento da função social, conforme determina o inciso XXIII do art. 5º da Constituição, cujos fundamentos podem ser buscados em Immanuel Kant (*In*: MORRIS, 2002, p. 255):

1 Art. 53 Nas locações de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas, o contrato somente poderá ser rescindido: I - nas hipóteses do art. 9º; II - se o proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável e imitido na posse, com título registrado, que haja quitado o preço da promessa ou que, não o tendo feito, seja autorizado pelo proprietário, pedir o imóvel para demolição, edificação, licenciada ou reforma que venha a resultar em aumento mínimo de cinquenta por cento da área útil.

O Povo uniu-se de fato por sua Vontade comum numa Sociedade, que tem de ser mantida para sempre; e com esse propósito sujeitou-se ao Poder interno do Estado, a fim preservar os membros dessa Sociedade mesmo quando estes não são capazes de se sustentar. Pelo princípio fundamental do Estado, o Governo está justificado e tem o direito de obrigar aqueles que são capazes a fornecer os meios necessários para a preservação daqueles que não são capazes de suprir as necessidades mais básicas da Natureza. Porque a existência de pessoas com propriedade no Estado implica sua submissão a ele para proteção e provisão pelo Estado daquilo que é necessário para sua existência; e, dessa maneira, o Estado funda um Direito sobre uma obrigação de parte delas de contribuir com seus meios para a preservação de seus concidadãos.

O domínio eminente justifica, quando houver necessidade de proteção de direitos da comunidade (MEIRELLES, 2008, p. 604), a possibilidade de o Estado intervir na propriedade privada, como nos casos de tombamento, servidão administrativa, limitações administrativas, desapropriação, requisições e ocupação temporária. Enfim, os bens privados, com destinação pública, de certa forma acabam sofrendo incidência de normas que garantem, entre outras coisas, a continuidade do serviço público.

De qualquer forma, ambas as noções só têm valia se baseadas em norma escrita. Apenas dizer em tese que o público prevalece sobre o particular não resolve os casos concretos que são submetidos à análise do aplicador do direito.

Cabe uma última nota a respeito do conceito de bem público. Viu-se que bem público é aquele bem pertencente a um ente público. Se a expressão “público” traz a noção leiga daquilo que a todos pertence, poder-se-ia questionar a razão de os bens públicos, na prática, serem titulados por entes públicos. Para evidenciar essa necessidade, basta analisar alguns exemplos. Em uma via pública, todos os que nela transitam, consciente ou inconscientemente, têm direito de utilizá-la. Pode ocorrer, e ocorre, de eventualmente essa via apresentar certos danos, alguns buracos, algumas crateras. Se o bem a todos pertencesse efetivamente, pode-se cogitar quão difícil seria operacionalizar o reparo do bem. Quem custearia? Quem está compreendido na noção “todos”? Todos os municípios? Todos os domiciliados no estado membro? Todos os brasileiros? E se o dano fosse causado por determinado sujeito, pode-se imaginar como seria tortuoso obter a respectiva indenização. Quem pagaria o advogado? Quem tomaria

a iniciativa de coletar as contribuições? Quem fiscalizaria a obra de reparo? Num outro exemplo, imagine-se a venda de um terreno público baldio. Se o bem a todos pertencesse efetivamente, como seria obter a assinatura de todos os proprietários? O último exemplo pode ser o de um aterro sanitário público. Imaginando que esse aterro estivesse deixando correr líquido tóxico para o terreno particular vizinho e causando danos, por hipótese, a uma plantaçoão, quem seria o responsável? Contra quem seria aforada a demanda?

Chega-se, assim, à conclusão de que o fato de os bens públicos pertencerem aos entes públicos decorre de necessidade prática, tanto para facilitar e possibilitar a identificação de um responsável pela sua administração, quanto para responsabilizar seu titular em casos de danos a terceiros.

Não se olvide que o bem público, por tendência natural do ser humano, não recebe o mesmo tratamento e cuidado que a coisa particular. O ser humano age por interesse, ou por incentivo (LEVITT; DUBNER, 2010). É mais interessante para ele investir no cuidado de suas próprias coisas do que no das coisas públicas, por motivos óbvios.

A percepção da falta de zelo pela coisa pública não é nova. Já se expõe em Aristóteles (2003, p. 40):

§ 10. Esta proposição “tudo é meu” tem ainda outro inconveniente: é que nada inspira menos confiança do que algo cuja posse é comum a muitas pessoas. Damos exagerada importância ao que propriamente nos pertence, ao passo que só consideramos as propriedades comuns em proporção a nosso interesse. Entre outras razões, são elas mais desprezadas por estarem entregues aos cuidados de outrem. Do mesmo modo o trabalho doméstico: tanto mais de deficiente quanto maior é o número de serviçais.

Daí se percebe possível causa da situação decadente de certos bens públicos ou da aparente facilidade com que se desvia o dinheiro público.

Enfim, o que não se deve perder de vista é que os bens públicos são meros instrumentos na consecução dos fins da Administração Pública.

3 Classificação

O art. 89 do Código Civil classifica os bens públicos em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais (BRASIL, 2002). Essa classificação leva em conta o uso do bem. Enquanto os primeiros podem ser utilizados por todos, os de uso especial, como o próprio nome já indica, possuem certas restrições, por estarem empregados em algum serviço público (BEVILÁQUA, 1940, p. 301; VENOSA, 2003, p. 340).

Não houvesse limitações, o próprio interesse público correria o risco de ser prejudicado, uma vez que o serviço vinculado ao bem poderia ser inviabilizado. Tome-se como exemplo a invasão de uma escola pública por pessoas sem moradia.

Quanto aos bens de uso especial, podem ser móveis ou imóveis, segundo ressalta José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 1.055). Aliás, o art. 99, II, do Código Civil (BRASIL, 2002) é meramente exemplificativo.

Por fim, os bens dominicais são os que não estão empregados nem no uso comum, nem no uso especial, a exemplo de terrenos e prédios desocupados. São considerados dominicais, por força do parágrafo único do art. 99 do Código Civil, “os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado” (BRASIL, 2002). Embora não seja objetivo deste artigo a análise das pessoas jurídicas, vale frisar que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, esse dispositivo se refere às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, já que não existiriam pessoas de direito público com estrutura de direito privado (2011, p. 921). Importante registrar que a classificação do art. 89 do Código Civil não gera maiores repercussões jurídicas no que diz respeito à alienação dos bens públicos.

Odete Medauar (2008, pp. 240-241), a propósito, assevera:

Como já se disse, tais bens aparecem tratados sob a rubrica de bens do domínio privado do Estado ou bens do patrimônio disponível. Com tais expressões se pretenderia significar que os vínculos da Administração com os bens dominicais seriam semelhantes aos vínculos do particular com os bens de seu patrimônio, em especial pela facilidade de alienação; menciona-se também que seu regime seria precipuamente privado.

Contudo, após demonstrar que mesmo esses bens, sob diversos aspectos, estão sujeitos às mesmas normas que os demais tipos de bens, conclui que “as afirmações clássicas[...] não mais prevalecem” (MEDAUAR, 2008, p. 241).

Convém registrar ainda a classificação dos bens públicos segundo a pessoa política a que pertença. De acordo com essa classificação, os bens seriam federais, estaduais, municipais ou distritais (CARVALHO FILHO, 2008, p. 1.051; GASPARINI, 2008, p. 867).

4 Afetação e desafetação

Afetação, no caso dos bens públicos, é sua destinação a uma determinada finalidade pública. Diógenes Gasparini (2008, p. 871) afirma que afetação ou consagração é “atribuir ao bem uma destinação; é consagrá-lo ao uso comum do povo ou ao uso especial”. Segundo Odete Medauar (2008, p. 241), ela pode ser explícita, mediante lei, ato administrativo ou registro de projeto de loteamento, e pode ser implícita, quando o Poder Público passa a utilizar o bem para alguma finalidade pública.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 922), além de se referir à afetação decorrente de uma lei ou de um ato do Executivo, refere-se à afetação proveniente do destino natural do bem, “como ocorre com os mares, rios, ruas, estradas, praças”.

A desafetação, por sua vez, é o inverso da afetação, isto é, passar um bem de uso comum do povo para bem de uso especial ou bem dominical, ou passar um bem de uso especial para bem dominical. Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 922), relativamente aos bens de uso comum, indica a necessidade de lei para desafetá-los. Já os de uso especial poderiam, segundo ele, passar para dominicais mediante lei ou ato administrativo.

Diógenes Gasparini também menciona a desafetação por fato jurídico, quando, por exemplo, um terremoto destrói um edifício em que funcionava uma creche pública (2008, p. 871). Para esse administrativista, caso uma lei autorize a alienação de um bem afetado, sem mencionar a desafetação, ela seria inválida (2008, p. 873).

Não parece ser acertada essa posição, já que a vontade do legislador de alienar o bem deve prevalecer quando colidente com a afetação do bem. Além disso, a

exigência de desafetação dos bens públicos consta de lei, de modo que lei ulterior que autorize a venda, sendo eventualmente incompatível com a consagração do bem, estará, implicitamente, revogando a anterior, segundo o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro² (BRASIL, 1942).

José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 1059) posiciona-se no sentido de que a afetação e a desafetação seriam fatos administrativos, “independentemente da forma com que se apresentem”. Para ele, seria irrelevante a forma pela qual se processa a alteração da finalidade do bem.

Se o conceito de afetar é destinar, e o de desafetar é desconsagrar, de fato, é irrelevante o instrumento ou a forma para efetivar a alteração da destinação do bem.

Embora possa ser irrelevante a forma do ato pela qual ocorre a mudança de destinação para que se diga que houve afetação ou desafetação, o mesmo não se pode dizer quanto às exigências para tanto. A título de ilustração, não seria admissível, em princípio, fechar a Avenida Paulista, na cidade de São Paulo, para transformá-la em uma praça, mediante mero ato administrativo.

A repercussão que esse fato teria na vida dos municípios, por si só, evidencia a necessidade de lei para tanto, já que, por meio da lei, o povo fala. Por isso, nesse ponto, a razão está com Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 922).

Mesmo no caso de bens de uso especial, se a afetação se der por lei, ao que tudo indica, em princípio, será necessária outra lei para desafetá-los ou alterar sua destinação. Caso contrário, haveria descumprimento da lei. Mesmo no caso do terremoto citado acima por Diógenes Gasparini, como fato ensejador de desafetação, isso não significa que o ente público estaria autorizado a reconstruir o prédio para lhe dar finalidade distinta da anterior, se esta estiver determinada por lei.

É importante apontar que afetação não é forma de aquisição de propriedade. Se um ente público ingressa em um imóvel particular desocupado e nele erige um hospital público, não se nega que houve afetação. Mas o imóvel continuará a ser privado até que se regularize a situação, mediante desapropriação, usucapião ou outra forma de aquisição. Caso contrário, estar-se-ia admitindo uma ofensa

2 Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

ao direito de propriedade. Aliás, a própria Constituição garante o direito de propriedade e, mesmo quando admite a desapropriação, exige prévia e justa indenização em dinheiro.

5 Características

Em razão da destinação dos bens públicos, efetiva ou potencial, a uma finalidade pública, decorrem certas características peculiares. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 333) assevera que elas seriam consequências da indisponibilidade dos bens públicos, já que dependeriam de lei para sua disposição.

A primeira característica seria sua alienabilidade condicionada (CARVALHO FILHO, 2008, p. 1.060), normalmente denominada inalienabilidade. O art. 100 do Código Civil menciona que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar” (BRASIL, 2002). Os bens dominicais, por seu turno, são tratados no art. 101 do Código Civil como passíveis de alienação, desde que cumpridas as “exigências da lei”.

Apesar dessa aparente distinção, é certo que as três espécies de bens públicos estão sujeitas ao mesmo regime nos art. 17 a 19 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Nessa linha, nos termos desses dispositivos, quando trata de imóveis, tanto uma via pública quanto um terreno baldio, por exemplo, somente poderão ser alienados se houver autorização legislativa, salvo se o bem a ser alienado houver sido adquirido por dação em pagamento.

De qualquer forma, observa-se que não se pode dizer que haja absoluta inalienabilidade, mesmo em relação aos bens de uso comum e aos de uso especial. Trata-se efetivamente de alienabilidade condicionada, já que o administrador público pode efetuar-la, desde que autorizado por lei.

Além da alienabilidade condicionada, também há a **imprescritibilidade**, isto é, a impossibilidade de serem objeto de usucapião, consoante os termos do art. 102 do Código Civil (BRASIL, 2002), do § 3º do art. 183 e do parágrafo único do art. 191 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A jurisprudência ora refere à natureza do titular do bem³, ora à destinação desse bem⁴, para considerar a incidência ou não da imprescritibilidade.

Também se verifica outra peculiaridade dos bens públicos pela impossibilidade de serem penhorados (impenhorabilidade). Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 923), essa restrição seria decorrente da necessidade de os pagamentos devidos pelos entes públicos em razão de sentença transitada em julgado serem feitos necessariamente por precatório, nos termos do art. 100 da Constituição, cujo regime é incompatível com a expropriação em juízo.

Diógenes Gasparini (2008, p.874) lembra que a impenhorabilidade dos bens públicos também decorre do art. 649, I, do Código de Processo Civil⁵. Mas ressalva a possibilidade de o ente público, por meio de lei, autorizar a oneração (GASPARINI, 2008, p.875).

Esse autor também menciona que “não se deve estranhar tal possibilidade, que já é viável em relação aos créditos de natureza alimentícia, que podem ser executados nos termos da legislação comum, e bens do Poder Público executante podem ser penhorados para garantir o exequente” (GASPARINI, 2008, p.875).

Ao que tudo indica, o autor quis referir-se a “Poder Público executado” em vez de “executante”. O que importa, de qualquer forma, é que a lei estabeleça quais bens podem ser onerados e para quais finalidades. Pode-se trazer em favor dessa tese o argumento de que, se a lei pode autorizar o mais, que é alienação, poderia autorizar o menos, isto é, a penhora.

Por outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 538) considera impossível a penhora e mesmo a oneração dos bens públicos, com base no disposto do art. 100 da Constituição, razão pela qual, segundo ela, nem lei poderia dispor em contrário. Seguindo esse raciocínio, também poderia ser levantada eventual ofensa à isonomia, uma vez que o ente público, ainda que por lei, estaria estabelecendo vantagem em favor de determinado sujeito em detrimento dos demais.

3 RESP 200400386937, CASTRO FILHO, STJ - TERCEIRA TURMA, DJ DATA:23/10/2006 PG:00300; RESP 199700124916, RUY ROSADO DE AGUIAR, STJ - QUARTA TURMA, DJ DATA:20/08/2001 PG:00468; AC 200038000444832, DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:12/11/2010 PAGINA:242; Tribunal de Justiça do RS, Décima Oitava Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70019319664, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 19/6/2008; AC 200237000013947, JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, DJ DATA:14/03/2005 PAGINA:67.

4 AC 199935000077275, DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:26/07/2010 PAGINA:120; AC 9802083704, Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORREA, TRF2 - SEGUNDA TURMA, DJU - Data: 22/12/2004 - Página: 103.

5 “Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;” (...)

Mas, em sentido contrário, pode-se dizer que é razoável tratar, de forma diferente, sujeitos que estejam em situação jurídica diferente. Se um determinado sujeito oferece uma vantagem ao ente público, como, por exemplo, um financiamento com condições especiais, condicionando tal empréstimo ao oferecimento de garantia, talvez o interesse público seja mais bem atendido com a aprovação, por lei, do atendimento dessa condição.

De qualquer forma, a reflexão sobre o assunto merece maior desenvolvimento, incabível neste artigo, valendo citar, todavia, que o art. 8º da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), já apresenta hipóteses de garantia prestada pela Administração Pública.

Em relação aos bens das sociedades de economia mista e empresas públicas, se eles estiverem afetados a uma prestação de serviço público, também serão impenhoráveis, segundo forte corrente doutrinária e jurisprudencial. O principal fundamento seria o fato de essas empresas, ao prestarem serviço público, não se enquadrarem como exploradoras de atividade econômica, afastando-se a incidência do art. 175, § 2º, da Constituição⁶ (BORGES, 2002).

Ligada à impenhorabilidade, cita-se a impossibilidade de oneração, isto é, de os bens públicos serem dados em garantia, por meio de hipoteca, penhor, anticrese (MEDAUAR, 2008, p.243; CARVALHO FILHO, 2008, p. 1.063). O que se disse a respeito da impenhorabilidade também se aplica à oneração.

Odete Medauar (2008, pp. 243/244) menciona, com o título *Polícia dos Bens Públicos*, a possibilidade de os entes públicos promoverem medidas por si próprios para retirar, mesmo utilizando a força, eventuais invasores de espaços públicos. Assere que alguns autores baseariam essa possibilidade na autotutela administrativa. Apesar disso, a autora também cita a possibilidade de utilização das vias judiciais, como as ações possessórias para reaver a posse dos bens (2008, p. 244).

Diógenes Gasparini (2008, p. 866) cita que “se o bem objeto do esbulho for de uso comum ou de uso especial”, caberia “a retomada auto-executória da Administração Pública, sua proprietária, como já decidiu o Tribunal de Justiça de Brasília” (DJU, 9 mar. 1983).

6 “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”

Ocorre que essa posição merece esclarecimento. Se for possível a autotutela, não caberia ação possessória, pois faltaria interesse processual, no que diz respeito à necessidade (SANTOS, 1997, p. 170). Por outro lado, se a ação judicial for necessária, então não se poderia admitir a possibilidade de a Administração agir de ofício nesse caso.

Ainda que se sustente que a inadmissibilidade de interrupção do serviço público autorizaria medidas de ofício – por exemplo, retirar invasores de escola ou de hospital para possibilitar o atendimento –, deve-se buscar uma base legal para tanto.

No exemplo citado, é certo que a possibilidade de a retomada ser efetivada pelo próprio titular do bem é prevista no art. 1.210, § 1º, do Código Civil, desde que “o faça logo” (BRASIL, 2002)⁷. Mas, quando se trata de um terreno baldio, invadido por diversas pessoas e passado muito tempo, esse dispositivo não seria aplicável.

Por fim, como última característica dos bens públicos que merece nota, cite-se a imunidade de imposto (MEDAUAR, 2008, p. 244), com fundamento no art. 150, VI, *a*, da Constituição⁸ (BRASIL, 1988).

Relativamente às autarquias, em razão de o § 2º desse dispositivo prever que a imunidade a elas se estende “no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes”, há quem sustente que, em caso de bens sem utilização, haveria incidência de impostos (OLIVEIRA, 2010). Nessa linha, a título de exemplo, eventuais bens imóveis que uma autarquia federal não estivesse utilizando estariam sujeitos à incidência do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU).

Esse entendimento, todavia, não é compatível com a racionalidade constitucional. Ao que tudo indica, o constituinte quis permitir a tributação de tais bens somente quando utilizados na “exploração de atividades econômicas

7 Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

8 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; [...] § 2º - A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. § 3º - As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário”, nos termos do § 3º do art. 150 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Seria o caso, por exemplo, de um bem público explorado por particulares, como nos boxes de mercados municipais.

Para as autarquias, há de se presumir o uso de acordo com seus fins essenciais, já que a atuação pública presume-se legal e legítima até prova em contrário (MOREIRA NETO, 2001, p. 138). Dessa forma, se algum ente pretender cobrar impostos de bens imóveis da autarquia, deverá comprovar, pelo menos, o desvirtuamento de seu fim. Mais do que isso: deverá demonstrar a exploração econômica do bem.

6 Aquisição de bens pelos entes públicos

Preferiu-se não nomear este tópico como aquisição de bens públicos para tentar obter maior precisão terminológica. Se se diz aquisição de bens públicos, pode-se induzir ao entendimento de que o bem já é público ao ser adquirido. Daí que sua aquisição poderia estar sendo feita tanto pelos entes públicos quanto pelos particulares.

O que se pretende neste tópico é tratar do ingresso dos bens, independentemente de sua natureza, no domínio público.

Inicialmente, é bom frisar que alguns bens, por força do próprio ordenamento jurídico, já são integrantes do patrimônio público. Como exemplos, a Constituição, em seu art. 20, traz um rol de bens da União e, no art. 26, apresenta uma relação de bens dos Estados.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, pp. 925/931, *passim*) menciona os seguintes bens, assim como as normas respectivas: o mar territorial (art. 1º da Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993), as águas correntes e dormentes, segundo o art. 2º e 5º do Código de Águas, Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), as terras devolutas (conforme Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, e Constituição Federal, art. 20, II, e 26, IV), terrenos de marinha (Constituição, art. 20, VII e art. 2º, par. único, do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946), praias (Constituição Federal, art. 20, IV, e Lei nº 7.661, de 16 de maio de

1988), os terrenos reservados (art. 4º do Decreto-lei nº 9.760, de 1946, e art. 14 do Código de Águas), terrenos acrescidos (Código de Águas, art. 16), ilhas (art. 20, IV, Constituição Federal, e art. 26, II), o subsolo (art. 20, IX e X, e art. 176 da Constituição Federal).

A respeito de bens públicos pertencentes a entes públicos por força direta do próprio ordenamento jurídico, há interessante julgado, até mesmo do ponto de vista histórico, tratando de imóvel do município de São Paulo que foi ocupado pela União (BRASIL, 2009). Nele se considerou inviável a reintegração do imóvel à posse do município, mas apenas um direito a indenização⁹.

9 ADMINISTRATIVO. ESTADO NOVO. REVOLUÇÃO DE 1932. CAMPO DE MARTE – SÃO PAULO. OCUPAÇÃO PELA UNIÃO. MUNICÍPIO. REINTEGRAÇÃO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE INDENIZAÇÃO. LEI 601/1850. TERRA DEVOLUTA. IMÓVEL PÚBLICO NÃO DESTINADO A USO PÚBLICO ESPECÍFICO. SÚMULA 487/STF. AFETAÇÃO AO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. INDENIZAÇÃO. 1. Hipótese em que União e Município de São Paulo discutem a posse e o domínio do “Campo de Marte”, em São Paulo, aeroporto que abrigou a aviação bélica alinhada com os paulistas na Revolução Constitucionalista de 1932 e que, nesse contexto, foi conquistado pelas forças federais. 2. Com o fim do Estado Novo, em 1945, e a retomada de parcela da autonomia local, foram iniciadas tratativas para a devolução do imóvel. Frustradas as negociações, o Município propôs Ação Possessória, com pedido subsidiário de indenização, em 1958. 3. A área integrava, na época colonial, sesmaria dos jesuítas, até ser confiscada em 1759 com a expulsão da Companhia de Jesus pelo Marquês de Pombal. Com o advento da República, o Estado de São Paulo, considerando o imóvel devoluto, cedeu-o ao Município de São Paulo. Foi dada destinação pública à área somente em 1912, com sua ocupação pelo corpo de cavalaria e, posteriormente, pela aviação bélica paulista. 4. A União argumenta que a área lhe pertence. Pelo fato de ter sido confiscada dos jesuítas, não poderia ter sido considerada terra devoluta, pois não se enquadraria na definição do art. 3º da Lei 601/1850 (Lei de Terras). 5. Não há omissão se o Tribunal decide a demanda com fundamentos suficientes. 6. Admite-se o julgamento de ação possessória pela análise do domínio, se esse for o fundamento aduzido pelos litigantes. 7. Discussão que se restringe à caracterização da área como devoluta (ou não) em 1891. Se o era, foi transferida ao Estado pela primeira Constituição Republicana, que, por sua vez, cedeu-a ao Município naquele mesmo ano (fatos incontroversos). Se não era devoluta, a cessão pelo Estado para o Município seria inválida e ineficaz, inexistindo justo título em seu favor. 8. A Companhia de Jesus possuía vasto patrimônio imobiliário no Brasil, em outras colônias e no próprio solo português, todo ele confiscado pelo Marquês de Pombal em 1759. 9. Não se pode excluir do conceito de terras devolutas as áreas antes ocupadas pela Companhia de Jesus, sobretudo se abandonadas e nunca destinadas a uma finalidade pública. Do contrário, seria criar uma espécie de propriedade da União, abarcando um imenso território, incerto e incomensurável. Pior, os Estados surgidos com a República, titulares das terras devolutas por força da CF/1891, seriam obrigados a pesquisar quase quatro séculos de histórico fundiário para descobrirem se as terras abandonadas em seu território pertenceram aos jesuítas e foram confiscadas no século XVIII, hipótese em que não seriam devolutas. Tal exigência inviabilizaria a delimitação dessas áreas, gerando negável insegurança jurídica quanto à situação fundiária no País, exatamente aquilo que a Lei 601/1850 procurou evitar. 10. A Lei de Terras surgiu para regularizar os títulos de propriedade derivados das sesmarias, as quais, em quase sua totalidade, caíram em comisso por descumprimento dos requisitos de ocupação, moradia, cultura e medição. O fim mediato era dar ao País um instrumento de retomada dos imóveis improdutivos e permitir a efetiva ocupação da terra. A maior parte dos dispositivos da Lei 601/1850 trata exatamente da alienação de terras devolutas, inclusive a colonos estrangeiros, além do fomento à imigração com recursos do tesouro público. Nesse contexto é que deve ser interpretada a definição de terras devolutas por ela veiculada. 11. Nos termos do art. 3º da Lei 601/1850, terras devolutas são aquelas de domínio público e sem destinação pública específica. Irrelevante a origem da terra pública (conquistada, confiscada, comprada, caída em comisso, etc.). 12. Sendo incontroverso que a área onde hoje se encontra o Campo de Marte somente foi ocupada pelo poder público em 1912, constata-se que era devoluta em 1891 e, portanto, integrante do domínio Estadual. Também não se discute a sua cessão, pelo Estado, ao Município, nos termos da Lei de Organização Municipal de 13.11.1891. 13. “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada” (Súmula 487/STF). 14. A área estritamente afetada ao serviço público federal não pode ser reintegrada ao Município, ressalvado o remédio da indenização. 15. Determinação de retorno dos autos à instância de origem, para análise da área insuscetível de reintegração e apreciação do pedido subsidiário de indenização. 16. Recurso Especial provido. (STJ, REsp 991.243/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 21/09/2009)

Além dos casos acima, em que, por força direta da norma, os bens são titulados por entes públicos, há casos – por exemplo, no Código Civil¹⁰ (BRASIL, 2002) e na Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979¹¹ (BRASIL, 1979) – em que a aquisição depende da ocorrência de certos fatos, do mesmo modo como a pena de perdimento de bens prevista no Código Penal (BRASIL, 1940) e na Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992).

Diógenes Gasparini (2008, p. 876) assevera que importa mais conhecer os modos de aquisição da propriedade imobiliária, dada a simplicidade relativa aos bens móveis, exigindo-se apenas licitação, processo de compra e, se for o caso, registro patrimonial.

Em relação ao modo de aquisição dos bens imóveis, divide-os em originário e derivado. O primeiro ocorreria independentemente da vontade do anterior titular, não havendo transferência, mas aquisição independente. O segundo compreenderia as hipóteses de transmissão de propriedade, ou seja, quando há um transmitente e um adquirente (GASPARINI, 2008, p. 877).

Exemplos do primeiro modo seriam a usucapião e a desapropriação. Do segundo, pode-se mencionar a compra e venda e a doação.

Afora algumas formas de aquisição próprias dos entes públicos, no mais, eles passam a ter direitos sobre os bens pelas formas normais previstas no

10 Art. 39. Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo. Parágrafo único. Se, nos dez anos a que se refere este artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal. [...] Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissão este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes. § 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação. § 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União. [...] Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. §1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize. §2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais. [...] Art. 1.822. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal. [...]

11 Art. 22 - Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços, livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

Código Civil, quanto aos contratos que antecedem a aquisição de propriedade (MEIRELLES, 2008, p. 552; MELLO, 2011, 931) inclusive. Podem até mesmo adquirir por usucapião (MEIRELLES, 2008, p. 553).

Odete Medauar (208, pp. 250/251) arrola os seguintes modos de aquisição: compra e venda, doação, dação em pagamento, permuta, usucapião, sucessão, desapropriação, apossamento administrativo (desapropriação indireta), obra pública, registro de projeto de loteamento, lei instituidora de entidade da Administração Indireta e perda ou confisco de bens de criminosos.

Conforme lembra José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 1.065), é importante ressaltar que, segundo o Código Civil (BRASIL, 2002), a aquisição de bens imóveis por meio de atos entre vivos somente se efetiva com o registro do respectivo título no serviço de Registro de Imóveis, nos termos do art. 1.227. Da mesma forma, os bens móveis, conforme o art. 1.226, somente são adquiridos após a tradição¹².

Em relação à aquisição, aponta-se a existência de certos requisitos prévios. Em primeiro lugar, costuma-se citar a necessidade de lei que autorize sua aquisição. Ora, a lei é para o ente público o que é a vontade para o particular. Sob esse ponto de vista, não haveria nenhuma peculiaridade nisso. Trata-se de corolário do princípio democrático (MOREIRA NETO, 2001, p. 78). Seguindo, todavia, na linha da exigência de lei, há quem considere necessária não apenas uma autorização legal, mas uma autorização específica, indicando o bem a ser adquirido (GASPARINI, 2008, p. 885). Não parece ser o mais acertado. Essa posição traria amarras que, na prática, poderiam não levar à melhor solução para o interesse público.

Para esclarecer, é necessário mencionar que, afora necessidade de lei, é preciso, conforme o caso, haver licitação, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Dessa forma, além do prazo necessário à promulgação da lei, haveria mais um lapso necessário à conclusão do processo de contratação.

Emergem, então, três hipóteses. Na primeira delas, somente um bem atende às necessidades da Administração. Por óbvio, inviável seria a competição, aplicando-se, por conseguinte, as normas relativas à inexigibilidade de licitação. Na segunda hipótese, ainda que houvesse mais de um imóvel compatível com os intentos da Administração, poderia ocorrer de, na prática, um deles ser

¹² Tradição é a entrega da coisa (CUNHA, 2003, p. 247).

escolhido, por dispensa de licitação, em razão das “necessidades de instalação e localização”, “desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia”, conforme art. 24, X, da Lei nº 8.666, de 1993¹³.

Nessas duas hipóteses, ainda que houvesse prévia autorização da despesa, o processo teria de ser interrompido, após devidamente instruído com a indicação do imóvel a ser adquirido e as justificativas cabíveis, para aguardar aprovação da referida lei específica.

A terceira hipótese seria aquela em que houvesse possibilidade de competição em caso não subsumido ao citado inc. X do art. 24. Esse caso seria ainda pior: o bem somente seria conhecido após o término da competição. Com isso, seria impossível indicá-lo previamente na lei autorizadora, salvo se conhecidos todos os imóveis que participariam da disputa. Só isso já demonstra o risco de a Administração perder o negócio, já que o pretense alienante poderia não querer aguardar o demorado e incerto trâmite burocrático, mormente quando depender de uma aprovação legislativa.

Portanto, ao que tudo indica, basta lei de autorização orçamentária.

Vale registrar que não é necessária lei específica que indique o bem a ser adquirido nem mesmo na desapropriação, que é uma aquisição feita até contra a vontade do particular. Isso reforça a desnecessidade de lei específica que indique o bem nas aquisições mediante atos entre vivos. Aliás, diante do que foi visto, a desapropriação acaba sendo o meio mais prático para adquirir o imóvel.

Odete Medauar (2008, p. 250) acrescenta que a exigência de autorização para aquisição de bens dependerá do ordenamento de cada ente.

É bom salientar que Diógenes Gasparini (2008, p. 890) menciona que não há necessidade de autorização legislativa para um ente público receber bem em doação sem encargo.

Ainda sobre os requisitos para aquisição, cita Hely Lopes Meirelles (2008, p. 553):

Toda aquisição de bens pela Administração deverá constar de processo regular no qual se especifiquem as coisas a serem adquiridas e sua destinação, a forma e as condições de aquisição e as dotações próprias para

¹³ Art. 24. É dispensável a licitação: [...] X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

a despesa a ser feita com *prévio empenho* (Lei federal 4.320/64, art. 60), nos termos do contrato aquisitivo, precedido de licitação, quando for o caso (Lei 4.320/64, art. 70, e legislação estadual e municipal pertinentes).

A propósito da desapropriação, trata-se de peculiaridade do Poder Público, já que somente os entes públicos possuem o direito de adquirirem bens independentemente da vontade do seu titular anterior.

7 Uso dos bens públicos

“O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem”, nos termos do art. 103 do Código Civil (BRASIL, 2002).

De acordo com o que foi estabelecido nas premissas metodológicas, deve-se partir do texto legal para construir o sistema normativo. Nos casos em que a lei não definir o instituto, será necessário, em primeiro lugar, buscar essa definição na legislação do mesmo ente político. Não sendo suprida a dúvida, então caberá socorrer-se da doutrina para captar o sentido corrente do termo utilizado pelo legislador.

A propósito da doutrina, três institutos são mais frequentemente citados, mas não são os únicos, quando se trata do uso privativo de bens públicos: a autorização, a permissão e a concessão de uso.

Para José Cretella Júnior (1975, p. 61), a permissão seria o “ato unilateral, gratuito ou remunerado, discricionário, mediante o qual o Estado faculta ao particular a utilização privativa de bem público, superficial ou profunda, a título precário, revogável a qualquer tempo a critério da Administração”.

Já a “concessão de uso é ato administrativo bilateral, tendo como fundamento o interesse público. É figura jurídica autônoma, que se caracteriza pela ocupação permanente, e ‘com empresa’, do domínio público, não precariamente” (CRETELLA JÚNIOR, 1975, p. 102).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, *passim*) trata do uso de bens segundo sua classificação estabelecida pelo art. 89 do Código Civil (BRASIL, 2002). Para ele, o bem de uso comum do povo permite o uso livre, desde que seja conforme

os fins normais a que ele se destina. Contudo, eventualmente, poderá ocorrer utilização para fins especiais, “por implicarem sobrecarga do bem, transtorno ou impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros ou ainda por demandarem até mesmo o desfrute de uma exclusividade no uso sobre parte do bem” (MELLO, 2011, p.934).

Em casos tais, ora seria necessária prévia ciência e manifestação da Administração, mediante autorização ou permissão de uso, ora apenas cientificação prévia, para que, se for o caso, vete o uso pretendido (MELLO, 2011, 934).

No caso de bem de uso comum, Celso Antônio Bandeira de Mello cita a autorização de uso como “o ato unilateral pelo qual a autoridade administrativa faculta o uso de bem público para utilização episódica de curta duração” (MELLO, 2011, p. 935). Também faz menção da licença, “quando a utilização para quem a solicite, for razoavelmente qualificável como indispensável” (2011, p. 935).

Assim, da premissa de que se trata de bem de uso comum do povo, uso esse em princípio livre, não decorre a possibilidade de fazer com ele o que bem entender o usuário. Por conseguinte, a título ilustrativo, é questionável a frequente utilização da Avenida Paulista na cidade de São Paulo para passeatas e manifestações, mesmo diante do que preceitua o art. 5º, XVI, da Constituição (BRASIL, 1988)¹⁴, que garante o direito de reunião.

Nessa linha, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 935):

Não seria de supor que a Constituição estivesse, com tal dispositivo, facultando que as distintas facções políticas, mais as inúmeras entidades sindicais ou agrupamentos de trabalhadores, mais quaisquer contingentes de pessoas interessadas na propagação de ideias (religiosas, culturais, humanitárias, sociais etc.), pudessem promover, onde melhor lhes parecesse e com a frequência que lhes apetecesse, concentrações capazes de implicar a interrupção de vias de grande circulação, como, *verbi gratia*, em São Paulo, a av. Paulista, a av. São João, av. Ipiranga ou, no Rio de Janeiro, av. Rio Branco ou outras da mesma importância. Fosse isso possível, artérias como as aludidas estariam com alarmante regularidade subtraídas à sua destinação principal, com os consequentes transtornos

¹⁴ Art. 5º [...] XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; [...]

sérios para toda a coletividade, assim agravada para atender aos interesses, ainda que respeitáveis, de uma simples fração dela. Não se pode admitir que o interesse do todo seja sobrepujado pelo interesse de alguma ou algumas de suas partes.

O uso normal da via é para circulação de veículos e pedestres, e não para reunião. A privação do direito de uso normal do povo para o uso especial de alguns pode ser encarada, sob o ponto de vista administrativo, como uma desafetação temporária sem amparo legal e, sob o ponto de vista civil, como uma turbação da posse.

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini (2008, p. 868) lembra que “o uso anormal deve ser prévia e detalhadamente informado à autoridade competente (art. 5º, XVI, da CF)” e que “esse direito não é absoluto, pois deve ser avaliado ante o direito de outras pessoas igualmente garantido pela Constituição Federal, conforme decidiu o TJSP (Boletim da AASP, n. 2.299, p. 2.522)”.

Nos bens de uso especial, Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 937) elucida que, em regra, eles somente são utilizados para os fins relacionados ao serviço público nele prestado. Mas não afasta a possibilidade de particulares obterem permissão ou concessão de uso de espaços. Aqui, conceitua concessão de uso como “contrato administrativo pelo qual, como o nome já o indica, a Administração trespassa a alguém o uso de um bem público para uma finalidade específica. Se o Poder Público, instado por conveniências administrativas, pretender rescindi-la antes do termo estipulado, terá de indenizar o concessionário.”

Relativamente aos bens dominicais, menciona que poderiam ser utilizados em caráter exclusivo por particulares mediante locação, arrendamento, comodato, permissão de uso, concessão de uso, concessão de direito real de uso, concessão de direito especial, autorização de uso e enfiteuse (MELLO, 2011, p. 937).

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 533) aponta que a autorização de uso “é o ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente a prática de determinada atividade individual incidente sobre bem público.” Para ele, a permissão “é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público” (MEIRELLES, 2008, p. 533). Embora semelhante o conceito ao de autorização, referido autor assere que na permissão é necessário que haja interesse coletivo envolvido (2008, p. 534).

A concessão de uso “é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica. O que caracteriza a concessão de uso e a distingue dos demais institutos assemelhados – autorização e permissão de uso – é o caráter contratual e estável da outorga do uso do bem público ao particular, para que o utilize com exclusividade e nas condições convencionadas com a Administração” (MEIRELLES, 2008, p. 535). No mesmo sentido José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 1.082).

O autor também tratou da cessão de uso, que seria “a transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize nas condições estabelecidas no respectivo termo, por tempo certo ou indeterminado. É ato de colaboração entre repartições públicas, em que aquela que tem bens desnecessários aos seus serviços cede o uso a outra que deles está precisando” (MEIRELLES, 2008, pp. 534/535). A distinção entre autorização de uso e permissão de uso estaria no fato de a primeira destinar-se a atender interesse predominante do usuário, e, na permissão, haveria maior incidência de interesse público (CARVALHO FILHO, 2008, pp. 1.079/1.080)

Como foi dito, toda essa base doutrinária somente terá valia depois de analisado o ordenamento, já que é o sistema normativo de cada ente que prescreve a forma de uso de cada bem, bem como o nome do instrumento próprio para tanto.

Nessa linha, tomando, por exemplo, os bens da União, o Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 (BRASIL, 1946), dispõe em seu art. 64 que “os bens imóveis da União não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja a sua natureza, ser alugados, aforados ou cedidos.” Como se vê, não consta aqui nem autorização, nem permissão, nem concessão. Já no art. 18 da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998 (BRASIL, 1998), verifica-se que locação, o aforamento e a cessão seriam considerados como regimes de cessão¹⁵.

Note-se que, nos termos do art. 39 da Lei nº 9.636, de 1998 (BRASIL, 1998), “as disposições previstas no art. 30 aplicam-se, no que couber, às entidades da Administração Pública Federal indireta, inclusive às autarquias e fundações públicas e às sociedades sob controle direto ou indireto da União.” O citado

15 Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei no 9.760, de 1946, imóveis da União a: [...]

art. 30¹⁶ trata de permuta, de modo que, no mais, os dispositivos dessa lei não seriam aplicáveis, por exemplo, às autarquias.

Isso porque, de acordo com o art. 5º, I, do Decreto-lei nº 200, de 1967 (BRASIL, 1967), a autarquia é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.” Com isso, em regra, para cumprir suas finalidades, a autarquia é que define, por decorrência de sua autonomia, a melhor forma de usar seus bens, já que eles são meros instrumentos para cumprir seu papel.

Sendo a lei quem outorga a autonomia, é ela quem a excepciona. Verifica-se exceção à autonomia, por exemplo, para os casos de alienação de bens imóveis, em que é exigida prévia autorização legislativa, salvo se esses bens houverem ingressado no patrimônio público em decorrência de dação em pagamento¹⁷.

Também se verifica restrição à liberdade das autarquias na exigência de prévia licitação para outorgar o uso de espaço de seus prédios a particulares, como, por exemplo, para instalação de cantina ou restaurante para os servidores. Essa restrição decorre do princípio da impessoalidade, bem como do princípio da isonomia. Havendo múltiplos possíveis interessados em instalar o comércio no local, o certame licitatório é o instrumento adequado a garantir a observância dos referidos princípios.

Tomando o Banco Central do Brasil, por exemplo, as normas para o uso de seus bens estão em seu Regimento Interno¹⁸. Nele, encontram-se disposições sobre o uso de seus bens¹⁹, todavia sem definir as formas para tanto. Daí ser necessário recorrer, em primeiro lugar, às demais normas federais e, mantendo-se a omissão, buscar subsídios na doutrina.

16 Art. 30. Poderá ser autorizada, na forma do art. 23, a permuta de imóveis de qualquer natureza, de propriedade da União, por imóveis edificadas ou não, ou por edificações a construir.

17 Tudo conforme art. 17 a 19 da Lei nº 8.666, de 1993.

18 Aprovado pela Portaria nº 29.971, de 4 de março de 2005 e alterado pela Portaria nº. 43.003, retificada em 7 de abril de 2008, Portaria nº 64.255, de 31 de março de 2011 e Portaria nº 67.022, de 6 de setembro de 2011, publicada no Diário Oficial de 8.9.2011.

19 Art. 14. São atribuições do Diretor de Administração: I - autorizar: a) alterações de estimativas das receitas e fixação das despesas organizacionais constantes do orçamento; b) a cessão e a concessão de uso de bens móveis; c) a doação de bens móveis; d) a realização de despesas com locação de imóveis, bem como os atos e contratos decorrentes; e) aquisição de bens imóveis, inclusive recebimento em dação em pagamento, assim como a construção, locação e concessão de uso; II - decidir sobre cessão, permissão e autorização de uso de bens imóveis; [...] Art. 49. São atribuições dos Chefes-Adjuntos do Demap, nas respectivas áreas de atuação: [...] III - autorizar o uso de bens móveis e imóveis a empresas que executam obras e serviços de interesse do Banco Central; [...] Art. 107. São atribuições dos Gerentes Administrativos Regionais, no que couber, as descritas no art. 23 e ainda: [...] III - quanto a recursos materiais e patrimônio: [...] f) autorizar o uso de bens móveis e imóveis a empresas que executam obras e serviços de interesse do Banco Central;

8 Retirada do bem da esfera jurídica do ente público

Viu-se como os bens passam a ser públicos. É necessário, agora, verificar como se desfaz esse processo.

Tratando-se de direito de propriedade, que é o mais comum, ele se desfaz nas hipóteses do art. 1.275 do Código Civil (BRASIL, 2002), quais sejam, a alienação, a renúncia, o abandono, o perecimento da coisa e a desapropriação.

Entre essas, a alienação é a forma mais comum. Aponta-se a necessidade de lei como peculiaridade na alienação dos bens públicos. Mas, sob determinado ponto de vista, como visto a propósito da aquisição, essa necessidade não seria uma peculiaridade. Com efeito, o particular, quando quer comprar, necessita manifestar sua vontade. Os entes públicos, da mesma forma, necessitam manifestar a vontade de adquirir e essa vontade, como dito, é expressa na lei. Fosse uma sociedade empresária, a vontade seria manifestada em assembleia dos sócios.

Enfim, toda vez que o bem é titulado por mais de uma pessoa, o que há de especial é a forma de considerar a vontade coletiva, havendo casos em que se exige unanimidade, outros em que se exige maioria simples ou qualificada.

Conforme o número de titulares aumenta, vão surgindo inconvenientes que ensejam a busca de solução para gerenciar a manifestação e o atendimento da vontade dos membros do grupo. Mas, na prática, a partir do momento em que determinado bem tem mais de um titular, não importa mais qual o número de titulares para efeito de classificação. Tanto é assim que, traçando um paralelo com as formas de governo, após Aristóteles ter efetuado a classificação delas segundo o número de governantes em três tipos (um, poucos e muitos), Maquiavel distinguiu apenas em dois (um e muitos) (DALLARI, 1995, p. 189).

Ainda a título de notas gerais a respeito dos bens públicos, vale lembrar que o Brasil é uma república, nos termos do art. 1º da Constituição (BRASIL, 1988). Daí decorre que os bens dos entes públicos, em última análise, a todos os brasileiros pertencem, de modo que só se pode fazer com eles o que o povo permitir. E o que pode ou não ser feito é dito pelos representantes do povo ou por ele diretamente, em caráter excepcional, nos termos do parágrafo único desse mesmo art. 1º.

No caso dos bens das autarquias, como dito, embora, por sua autonomia, elas pudessem aliená-los livremente, respeitando, contudo, os princípios da

Administração Pública, a Lei nº 8.666, de 1993, exigiu, entre outras coisas, autorização legislativa para os imóveis e, para todos, em regra, licitação e avaliação prévia, com algumas exceções.

A propósito, a lição de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 351):

Os bens e rendas das autarquias são considerados patrimônio público, mas com destinação especial e administração própria da entidade a que foram incorporados, para realização dos objetivos legais e estatutários. Daí porque podem ser utilizados, onerados e alienados independentemente de autorização legislativa especial, salvo para os bens imóveis (Lei 8.666/93, art. 17, I), porque essa autorização está implícita na lei que a criou e outorgou-lhe os serviços com os consequentes poderes para bem executá-los. Por essa razão, os atos lesivos ao patrimônio autárquico são passíveis de anulação por *ação popular* (Lei 4.717/65, art. 1º). Por idêntico motivo, extinguindo-se a autarquia, todo o seu patrimônio reincorpora-se no da entidade estatal que a criou.

Enfim, além das exigências gerais da Lei nº 8.666, de 1993, o ordenamento de cada ente público é que estabelecerá eventuais outros requisitos para alienação.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 335) afirma que somente o Chefe do Poder Executivo teria autonomia para decidir pela alienação de bens públicos e cita o art. 99 da Constituição para demonstrar que o Poder Judiciário não teria autonomia patrimonial, já que esse dispositivo apenas mencionaria autonomia administrativa e financeira. Mas, se qualquer alienação – por exemplo, de imóvel – depende de aprovação do Legislativo, ainda que sejam bens do Executivo, onde estaria a autonomia? No máximo se poderia dizer que haveria direito de iniciativa.

A propósito da renúncia, ela exigirá os mesmos requisitos que a alienação. Exemplo comum é a renúncia de receita, disciplinada na Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

É difícil imaginar o cabimento de abandono de bem público. De qualquer forma, tendo em vista que, nos termos do art. 1.276 do Código Civil (BRASIL, 2002), o bem abandonado passa à propriedade do município, do Distrito Federal ou da União, ele não deixará de ser público.

O perecimento da coisa também pode ser citado como hipótese de extinção da propriedade, por motivos óbvios. Imagine-se, por exemplo, um veículo público que é incendiado e totalmente destruído.

A respeito da desapropriação, não se deve olvidar que o ente público também pode ser expropriado por ente político superior, isto é, “os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa” nos termos do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1945 (BRASIL, 1945).

Considerações finais

Tratar do regime jurídico dos bens públicos é analisar o ordenamento jurídico para, a partir dele, estruturar um sistema interpretativo que permita a obtenção de conclusões adequadas sobre suas normas.

Isso significa que o ordenamento é a primeira fonte que deve ser tomada para compreender o conceito de bem público, sua classificação, os modos de utilização, a forma como ele se torna público e como deixa de ser público.

Comumente se diz que o público prevalece sobre o privado, de modo que os bens públicos, e mesmo os bens privados destinados a uma finalidade pública, estariam sujeitos a um regime próprio. Mas essa assertiva ou esse princípio somente terá aplicação na prática se baseado em norma escrita.

Juridicamente, bem é tudo aquilo que possa ser objeto de direito subjetivo. Os bens materiais são as coisas, sobre as quais mais comumente se escreve. Entre os bens materiais, os que suscitam mais questões são os imóveis. Mas direitos também são bens e não podem ser olvidados.

Bem público é uma espécie de bem. É o bem que pertence às pessoas jurídicas de direito público interno, chamadas de entes públicos neste artigo, para facilitar a referência a elas.

Os bens públicos podem ou não estar afetados, isto é, destinados ou consagrados a uma finalidade pública. Os afetados são os de uso comum do povo e os de uso especial. Os não afetados são os bens dominicais.

Os bens passam a ser públicos quando adquiridos por pessoas de direito público interno.

Essa aquisição se dá pelas formas tradicionais previstas no Código Civil para aquisição de direitos. Aqui, a maior parte da literatura consultada aponta

predominantemente o estudo sobre a forma de adquirir os direitos reais, especialmente o direito de propriedade. Porém, não só a propriedade e não só os direitos reais podem ser adquiridos pelos entes públicos.

Além das formas tradicionais de aquisição, pode-se citar a desapropriação como forma peculiar de o ente público adquirir um bem.

Em razão dos princípios constitucionais da Administração Pública, a aquisição de bens por ela depende de lei. Essa exigência, em regra, é satisfeita pela autorização contida na Lei Orçamentária Anual.

Também a licitação, em princípio, é necessária para aquisição de bens mediante contrato.

Os bens públicos servem a uma finalidade pública. Os bens de uso comum do povo, àquilo que sua natureza comporta. Os de uso especial, às necessidades instrumentais da Administração.

O uso desses bens de forma “anormal” ou “extraordinária” dependerá, em regra, de permissão normativa que indicará os instrumentos próprios para tanto, sendo comumente citadas na doutrina as figuras da autorização, permissão ou concessão. Mas cada ente possui seu ordenamento e cada ordenamento possui figuras próprias com nomenclaturas diversas.

Por fim, o bem deixa de ser público pelas formas admissíveis juridicamente para extinção de direitos. As mais comuns são as formas de extinção da propriedade.

Referências

ARISTÓTELES. **Política** [Trad. Torrieri Guimarães]. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Parecer. Impenhorabilidade de bens. Sociedade de economia mista concessionária de serviços portuários. Bens afetados à prestação de serviço público.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 9 jan. 2012. DOU de 31/12/2004.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2009. DOU de 11/1/2002.

_____. Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2009. DOU de 5/5/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno, RE 229696/PE, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Relator para Acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 16/11/2000, m.v., DJ DJ 19/12/2002, p. 73, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 8 jan. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma, REsp 991.243/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 22/04/2008, DJe 21/9/2009, disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 8 de jan. 2012.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 21 ago. 2008. DOU de 18/5/1998.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 8 jan. 2012. DOU de 3/6/1992.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 21 ago. 2008. DOU de 5/10/1988.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.** Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 21 ago. 2008. DOU de 20/12/1979.

_____. Congresso Nacional. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2009. DOU de 27/2/1967 e retificado no DOU de 17/7/1967.

_____. Congresso Nacional. **Decreto-lei nº 9.670, de 5 de setembro de 1946.** Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2009. DOU de 6/9/1946.

_____. Congresso Nacional. **Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2009. DOU de 18/7/1941.

_____. Congresso Nacional. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 8 jan. 2012. DOU de 9/9/1942.

_____. Congresso Nacional. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 8 jan. 2012. DOU de 31/12/1940.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Bens Públicos.** 2. ed. São Paulo: Livraria Editora Universitária do Direito, 1975.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha. **Dicionário Compacto do Direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KELSEN, Hanz. **Teoria Pura do Direito** [trad. João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LEITE, Gisele Pereira Jorge. **Considerações sobre Bens na Teoria Geral do Direito Civil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 33, 30/9/2006 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1274>. Acesso em 21/1/2012.
- LEVITT, Steven. DUBNER, Stephen. **Superfreakonomics: o lado oculto do dia a dia**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: RT, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- OLIVEIRA, Alexandre Machado de. **Imunidade Tributária**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 77, 1º/6/2010 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7865>. Acesso em 27/1/2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. V.1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção Direito Civil; v. 1.).

Segurança Cibernética e Desafios da Internet

Edmundo Oliveira*

Introdução. 1 Segurança cibernética. 2 A Sociedade do Risco Mundial. 3 Vitimização cibernética. 4 Ciberterrorismo. 5 Tipos de crimes cibernéticos. 6 A Natureza do crime cibernético. 7 Fraude cibernética. 8 Colaboração entre os países e eficácia dos princípios internacionais.

Resumo

A sociedade contemporânea clama por medidas práticas de significativos procedimentos com respostas ao fenômeno criminal por meio da internet. Nesse contexto se insere a necessidade de reforçar a função do Estado para impor limites à criminalidade cibernética e encontrar soluções para as crises sociais nutridas na dinâmica da globalização. O mundo virtual é a nova arena para atitudes solitárias ou em grupos das redes de organizações criminosas. O uso nocivo da tecnologia de ponta fez eclodir, em proporções sem limite, o crime organizado, o ciberterrorismo e a vitimização cibernética.

Palavras-chave: Globalização e internet. Internet e crime. Internet e terrorismo. Cibernética e Crime. Ciberterrorismo. Risco social e internet. Vitimização cibernética.

* Prof. Ph.D.; Doutor em Direito Penal com Pós-Doutorado na Universidade de Paris, França. Representante no Brasil da Fundação Internacional Penal e Penitenciária. Jurista Sênior Membro de várias Comissões de Experts constituídas nos Estados, na União Europeia e nos Programas das Nações Unidas.

Cybersecurity and Internet Challenges

Abstract

Contemporary society calls for practical steps procedures with significant responses to criminal internet phenomenon. In this context, we need to strengthen the role of the State to impose limits on cybernetic crime and finding solutions to social crises nourished in the dynamics globalization. The virtual world is the new arena for solitary or in groups attitudes of criminal organization networks. The harmful use of technology caused an eruption without limits on organized crime, cyberterrorism and the cybernetic victimization.

Keywords: Globalization and internet. Internet and crime. Internet and terrorism. Cybernetic and crime. Cyberterrorism. Social risk and internet. Cybernetic victimization.

Introdução

O século XXI distingue-se pelo desempenho excepcional da revolução digital, que proporciona a fórmula do aprendizado para mapear a relação entre as pessoas e fazer do planeta um espaço mais aberto e conectado por informações compartilhadas e comunicações *on-line*.

Na linha dessa universalidade, mais e mais pedaços de nossa vida se entregam ao poder da globalização, que serve de palco para a transformação profunda do diretório planetário de pessoas movidas pela onipresença da internet, operada por computador, por telefone celular e pela televisão interativa.

Efetivamente, o homem não vive só, e a disciplina do convívio social se vê vulnerável diante dos crescentes desafios promovidos pela turbulência das ações delinquentes, em âmbito nacional e transnacional, movimentando gigantesco repositório de dados e informações com sérias intercorrências e suscetibilidades nas mais variadas configurações de exposição virtual.

1 Segurança cibernética

O processo dinâmico de globalização social e econômica, assim como a disseminação democrática da tecnologia da internet, acessada pelos computadores, pelo telefone celular e pela televisão interativa, vêm exigindo da Justiça alternativas compatíveis para a segurança cibernética ante a natureza e a extensão do crime virtual em suas diversas formas (BREMNER, 2010, p. 86-91).

De fato, a tecnologia sempre gerou eficiência, e, em decorrência da utilização de vantagens tecnológicas, observa-se forte tendência para diversificação das atividades ilícitas praticadas por grupos organizados, bem como aumento acentuado do número de países afetados por elas. Verifica-se também alargamento das atividades do crime organizado em diversas áreas: sequestro de pessoas para obtenção de resgate, tráfico de pessoas e de órgãos, de dinheiro falsificado, de mercadorias, de armas, de obras de arte, de diamantes, de veículos roubados, de recursos naturais, de objetos culturais, de vírus e bactérias, de substâncias nocivas à camada de ozônio, de lixo tóxico, de espécies nativas da fauna e da flora e, por último, mas certamente ainda mais perturbador, comércio do sexo, que envolve a corrupção de menores e a pornografia infantil (ANDREAS, 1999, p. 86-87).

Os avanços da tecnologia da informação e da comunicação abriram novas perspectivas para atividades criminosas altamente sofisticadas (FRANKO, 2007, p. 145-150). Observa-se, assim, aumento no número de práticas fraudulentas cometidas por meio da internet, que se tornou um instrumento amplamente utilizado por criminosos. Mais que isso, a tecnologia da comunicação tornou as organizações criminosas mais flexíveis e dinâmicas – o correio eletrônico é um instrumento excepcional que elimina problemas relacionados com o tempo e o espaço. A adaptação da lei a essa nova realidade tem sido vagarosa, enquanto que o crime organizado tende a adotar e adaptar rapidamente os frutos do progresso tecnológico, o que não é de surpreender, dado o alto rendimento que os criminosos podem obter ao utilizá-los para suas atividades ilícitas.

A abertura de mercados, juntamente com o avanço da tecnologia da comunicação, tem também alimentado o crescimento do crime organizado nos países em desenvolvimento. Isso se explica pela diversidade das atividades empreendidas nas operações criminosas. Países de economia em transição ou

países afetados por conflitos são, particularmente, vulneráveis ao crescimento do crime organizado. Em tais casos, o crime organizado representa uma verdadeira ameaça às reformas no setor policial e alfandegário e nas instituições judiciárias, uma vez que esses setores podem envolver-se em práticas criminosas e em corrupção, o que representa sério obstáculo a estabilidade e prosperidade dessas sociedades (OLIVEIRA, 2005, p. 46-49).

O crime organizado e a corrupção se relacionam porque a corrupção facilita as atividades ilícitas das organizações criminosas e serve de obstáculo ao cumprimento das leis. A luta contra a corrupção faz parte, portanto, do combate ao crime organizado. Além disso, existe relação entre o crime organizado, a corrupção e o terrorismo. Alguns grupos terroristas dependem do crime organizado para financiar suas atividades. Por esse motivo, a adoção de legislação apropriada e procedimentos de aplicação das leis, assim como a promoção da cooperação internacional para combate ao crime organizado e à corrupção, reforçariam a capacidade da luta contra a ampla rede das estratégias do crime que envolve a máfia e grupos terroristas.

O crime organizado internacional globalizou suas atividades pelas mesmas razões que o fizeram as companhias multinacionais legítimas. De forma análoga ao que ocorre com as companhias multinacionais, que abrem filiais em várias partes do mundo para poder tirar vantagem da mão de obra e da matéria-prima atrativas, dá-se com os negócios ilícitos. Além disso, os negócios internacionais, legais ou ilegais, estabelecem, em todo o mundo, toda a infraestrutura necessária a produção, *marketing* e distribuição de seus produtos. Empresas ilegais podem se expandir geograficamente, para tirarem proveito de condições econômicas, graças à facilidade na comunicação e nos sistemas internacionais de transportes (DASQUE, 2008, p. 83-88).

Além dos benefícios já mencionados que o crime internacional tem usufruído desse processo, a globalização oferece, aos terroristas, oportunidades tais como recrutamento internacional, acesso às comunidades endinheiradas e possibilidade de estarem próximos às comunidades da diáspora. Estas, por sua vez, podem ajudá-los logística e financeiramente.

O fim da Guerra Fria exerceu grande influência no aumento do crime transnacional. O término do confronto entre as superpotências resultou na redução, em larga escala, do potencial de conflito. No entanto, desde o final

da década de 1980, tem havido grande crescimento no número de conflitos regionais. Infelizmente, as armas e as pessoas envolvidas nesses conflitos são frequentemente ligadas às atividades criminosas transnacionais. É importante observar o desenvolvimento de uma grande indústria de serviços que supre as necessidades de todos os tipos de criminosos transnacionais: fornecedores de documentos e cartões de crédito falsos; fabricantes de materiais utilizados em armas de destruição em massa usadas por grupos terroristas; serviços jurídicos, financeiros e contábeis fornecidos por profissionais de alto gabarito para lavadores de dinheiro, que se utilizam de empresas falsas em seu próprio país ou no exterior, para disfarçar atividades ilícitas.

O crescimento das atividades transnacionais ilegais foi bastante favorecido pelos grandes avanços tecnológicos do período pós-Segunda Guerra. O aumento do tráfego aéreo, as melhorias no sistema de telecomunicação (telefone, fax e internet) e o crescimento do comércio internacional facilitaram a circulação de bens e pessoas. (VIANO, 2003, p. 174-178). O anonimato das salas de bate-papo na internet e as diferentes formas de comunicação proporcionadas pelo computador, pelo telefone celular e pela televisão interativa são utilizados por criminosos e terroristas para planejar e pôr em prática suas atividades. Os terroristas responsáveis pelos terríveis ataques do 11 de setembro, em 2001, usaram computadores de acesso público para enviar mensagens e comprar passagens aéreas. De forma similar, os traficantes de drogas da Colômbia usam mensagens criptografadas pela internet para planejar e realizar suas transações comerciais.

A globalização caminha lado a lado com os mercados livres, as ideologias do comércio livre e a diminuição das intervenções governamentais. De acordo com os defensores da globalização, a redução das normas regulamentadoras e das barreiras internacionais ao comércio e ao investimento aumentará o desenvolvimento. Porém, essas mesmas condições contribuem para proliferação do crime. Traficantes e terroristas têm aproveitado o declínio significativo da regulamentação, o afrouxamento no controle das fronteiras e a maior liberdade resultante disso para expandir suas atividades em fronteiras e em novos lugares no mundo (LEVI e GILMORE, 2002, p. 108-112). Os contatos entre os grupos criminosos têm se tornado mais frequentes e mais rápidos. Enquanto o crescimento do comércio legal é regulado pela aderência às políticas de controle de fronteiras, ao controle alfandegário e a sistemas burocráticos, os grupos criminosos transnacionais

exploram livremente as brechas nos sistemas de leis governamentais, para aumentar a extensão de suas atividades. Conseqüentemente, eles viajam para lugares de onde não podem ser extraditados; estabelecem suas operações em países onde a lei seja mantida de forma débil e corrupta; levam o dinheiro provindo de suas operações a países onde exista sigilo bancário ou poucos controles eficazes. Ao segmentar suas operações, criminosos e terroristas colhem os benefícios da globalização e, ao mesmo tempo, reduzem os riscos operacionais.

A partir da segunda metade do século XX, o comércio global passou a ter surpreendente crescimento. Entretanto, o enorme fluxo de produtos legítimos começou a dividir espaço com o aumento do número de produtos ilegais. Diferenciar o que é ilegal do que não é tornou-se um verdadeiro desafio. Apenas um pequeno percentual de navios de carga tem suas mercadorias vistoriadas, o que facilita a circulação de drogas, armas e contrabando. Por conseguinte, drogas podem ser facilmente transportadas em barcos de pesca sem ser detectadas, e um comércio de venda de mel pode muito bem ser usado para a movimentação de dinheiro e a geração de capital para traficantes e terroristas.

As últimas duas décadas do século passado testemunharam o surgimento de grande variedade de crimes transnacionais. O comércio de drogas foi o primeiro segmento ilegal a maximizar seus lucros no mundo globalizado. Criminosos têm obtido enormes benefícios advindos do tráfico de drogas, e vários grupos terroristas fizeram do narcotráfico sua principal fonte de financiamento, mostrando, assim, que, no que se refere às estruturas daquilo que se tornou conhecido como crime industrializado, não se trata apenas de geração de dinheiro, mas também de abastecimento e obtenção de propósitos bem definidos nas áreas escuras do comportamento humano criminoso (EDWARDS e GILL, 2003, p. 29-30).

Traficantes e terroristas não podem continuar com suas atividades sem temor de serem acusados e condenados. Por essa razão, requer-se a elaboração de modelos de políticas preventivas nas quais as sociedades civis possam ter real participação. Um exemplo disso são as medidas colocadas em prática pela Convenção das Nações Unidas, que traz avanços e recomendações concernentes às novas práticas criminosas e procedimentos de cooperação internacional para o patrulhamento policial nas fronteiras (ANDREAS e NADELMANN, 2006, p. 11-15). É também importante que haja procedimentos para confisco do dinheiro

obtido por meio de corrupção e lavagem de dinheiro, visto que dele depende o fortalecimento do tráfico e do terrorismo (<www.interpol.int/public/icpo/legalmaterial/cooperation/model.asp>).

A globalização socioeconômica possibilitou a globalização do crime. Entretanto, a globalização judicial ainda precisa ocorrer, para que os sistemas judiciários em diferentes países possam contar com meios apropriados para suprimir o crime e punir eficaz e pedagogicamente aqueles que devem ser penalizados por suas atividades criminosas, seja cumprindo penas, seja recebendo punições alternativas (KLOCKARS, IVKOVIC e HABERFELD, 2006, p. 31-32).

Sanções criativas são e sempre serão bem-vindas, por exemplo, o uso de forças-tarefa que consistam da formação de unidades multidisciplinares para trabalhar em prevenção, controle e repressão do crime globalizado. Tais tentativas só serão eficazes se houver fortalecimento das forças policiais e dos sistemas judiciários, bem como adoção de ações concretas por parte dos setores público e privado e real envolvimento de toda a sociedade (<www.prisonstudies.org>).

É extremamente importante que haja coordenação de políticas e estratégias públicas internacionais que possibilite, a todas as nações, receberem inequívocos ganhos qualitativos em seus empenhos de assegurar a pacificação de conflitos e a promoção confiável de justiça e respeito pelos direitos humanos. Para tanto, é necessário que a meta de redução do crime e da violência seja acompanhada por aumento na assistência social, na educação, no trabalho produtivo, assim como por interação dos indivíduos em sua família e em sua comunidade.

2 A sociedade do risco mundial

Os sentimentos de insegurança produzidos pela incapacidade das políticas públicas em atenderem às necessidades de uma convivência humana solidária têm gerado fragmentação da cidadania em escala global, redundando na caracterização contemporânea da sociedade do risco mundial, especialmente nos países mais pobres, onde o almejado propósito de integração e homogeneização, como eixo fundamental da globalização, vem se tornando progressivamente comprometido em razão da existência de problemas complexos de desigualdades

sociais e econômicas (SHEPTYCKI, 2003, p. 126-134). Tais fatores têm sido extremamente danosos não apenas para a confiança depositada nos valores das instituições, mas também para a preservação das interações éticas nos relacionamentos das famílias e das comunidades.

Desta forma, a sociedade de risco mundial, com seu duplo problema de exclusão social e de progressiva insegurança, tem demonstrado ser profundamente preocupante. Ela já se apresenta como um fenômeno da degradação humana que envolve sequências perigosas de tensões: insegurança, degradação ecológica, crises financeiras, desastres nucleares, trabalho escravo, fome, migração desordenada, criminalidade, preconceito e diferentes formas de discriminação (MADSEN, 2009, p. 80-83).

De tudo o que foi dito, a pergunta que se faz é a seguinte: até que ponto a crescente noção da **sociedade de risco mundial** está interligada com a globalização do crime?

Em primeiro lugar, na medida em que o crime foi se tornando mais internacionalizado, aproveitando-se dos controles menos restritivos entre as fronteiras, ele também foi se tornando mais violento em todos os continentes. Em segundo lugar, o crime solitário tem se tornado uma ocorrência cada vez mais rara em comparação aos crimes cometidos por grupos, cujas manobras são orquestradas por gangues, redes e organizações criminosas (COCKAYNE, 2007, p. 39-42). O crime em grupo tem superado as práticas criminosas solitárias devido ao fato de ser mais fácil, para os indivíduos envolvidos em grupos, montar mecanismos de geração de riquezas, visto que o crime em grupo está localizado na linha que separa as zonas territoriais das extraterritoriais, nem sempre bem definidas. Alguns exemplos de tais mecanismos de geração de renda ocorrem por meio da expansão de empresas estrangeiras, de transações bancárias em paraísos fiscais e de práticas comerciais *on-line* (ZINCANI, 2009, p. 79-84). O fluxo de dinheiro está diretamente ligado ao aumento do crime transnacional globalizado, em qualquer um de seus variados tipos de procedimentos ou conexões. Um exemplo disso é observado no elo existente entre tráfico e terrorismo (RAUSCH e LAFREE, 2007, p. 2-4).

Onde quer que exista poder econômico, também há intensificação e fortalecimento de gangues, redes e organizações criminosas. Elas, por vezes, podem contar com a cumplicidade de agentes governamentais que possibilitam

seu livre trânsito dentro das esferas da administração pública e privada. Por exemplo, nos sistemas financeiros e bancários internacionais, as transações bancárias anuais de cerca de 20 bilhões de dólares derivam de dinheiro lavado oriundo do negócio ilegal de drogas. De acordo com a Organização das Nações Unidas, tal quantia possui a equivalência de 3% a 5% do Produto Interno Bruto do planeta (<www.unejin.org/standarts/compendium>).

Em seu livro *Internet Terrorism*, Michael L. Hummel, professor da Universidade Califórnia da Pennsylvania, nos Estados Unidos, trata do incontido alcance do risco mundial com oportuna análise. Hummel chama a atenção para a constatação de que o uso indevido da internet com múltiplas operações vem se constituindo, cada vez mais, em poderosa tática de terrorismo global, incrementando os desvios da marginalidade social e contaminando não somente a qualidade de vida das pessoas, mas também a economia e a infraestrutura das gestões de governos em todos os continentes (HUMMEL, 2008, p.117).

As políticas governamentais atuais não precisam ficar à procura de milagres ou de promessas líricas que não possam ser cumpridas. Necessita-se, simplesmente, da sabedoria de se promover confiança nas instituições, com a esperança de resultados positivos para o bem coletivo e para os direitos humanos (STIGLITZ, 2002, p. 214-222). Espera-se que as metas estabelecidas para o milênio, em 2000, pelas Nações Unidas, sejam alcançadas com êxito, levando-se em conta as expectativas de soluções duradouras para os problemas que afetam milhões de pessoas em todo o mundo, no cenário conturbado da globalização.

3 Vitimização cibernética

Não há dúvidas quanto ao fato de que as tecnologias de ponta da internet relacionadas aos computadores, ao telefone celular e à televisão interativa atingem uma natureza quase ubíqua e impacta a maneira como trabalhamos, compramos e vendemos, compartilhamos informações ou interagimos com outras pessoas dentro e fora de nossa comunidade. É precisamente devido a sua larga disseminação e ao amplo uso que dela fazemos em tantos pontos de nossa vida, que a tecnologia cibernética requer atenção especial quanto à segurança oferecida aos seus usuários.

Nossa confiança na tecnologia, bem como nosso apetite por ela, fizeram-nos usuários vorazes das várias opções que ela oferece. Entretanto, ao mesmo tempo em que é aprazível e informativa, a era da navegação virtual está se tornando, rapidamente, fonte de vitimização cibernética com o suporte em redes sociais, como Google, Facebook, Skype, YouTube, Orkut e Twitter, empresas de busca na internet, que são ícones dos serviços com liberdade de expressão *on-line*.

Inevitavelmente, há aqueles que encontram formas de usar suas habilidades em tecnologia para tirar vantagens de indivíduos vulneráveis, particularmente os jovens, os imaturos, os ingênuos e os ambiciosos. Como consequência, a tecnologia do ciberespaço está se tornando em ferramenta utilizada para o crescente processo de fatores vitimológicos entre os usuários da internet. Pode-se até afirmar que o duplo componente insensibilidade de um predador cibernético e o anonimato proporcionado pelo ciberespaço faz com que a vitimização cibernética seja não somente fácil, mas também que ocorra quase sem nenhum esforço (CASEY, 2010, p. 129-143).

Os traços distintivos dos problemas humanos relacionados à era digital propiciaram a formulação da teoria que podemos denominar de Síndrome de Vitimização Cibernética. Ela advém de parâmetros de conduta que levam o usuário da internet à postura de vitimizado ante o padrão de estereótipos em suas atitudes e comportamentos que caracterizam a situação vitimal, na qual, muitas vezes, o delinquente faz jogo com os sentimentos da vítima.

São formas de expressão da vitimização cibernética:

- a) sentir despertar em si o instinto de desonestidade, atraído pela isca da ganância, do ganho fácil;
- b) alimentar conflitos internos com a identificação projetiva de ver em outrem a realidade que gostaria de possuir ou sentir;
- c) buscar alívio para o sentimento de culpa, satisfazendo impulsos escondidos;
- d) submeter-se a riscos de chantagens e ameaças;
- e) deixar levar-se pela inocência ou pela boa-fé;
- f) sofrer ataque à honra e à reputação;
- g) padecer com a invasão da privacidade.

Novos estudos de psicologia recomendam que atividades educacionais e profissionais estejam sempre atentas à maior ou menor atuação das zonas de vitimidade que podem predispor ou motivar o envolvimento de pessoas,

especialmente de crianças e jovens em um processo vitimógeno, capaz de gerar um prejudicial envolvimento com homossexualismo, droga, prostituição, fraude, furto e jogo. É por isso que, hoje, nos Estados Unidos, tendo por fundamento uma dimensão ética que confere melhor sinergia na preparação do futuro, muitas escolas do Ensino Fundamental e Médio só efetivam a matrícula de alunos depois de examinarem o perfil e o histórico dos contatos e relacionamentos armazenados no Facebook. Essa estratégia tem sido benéfica até mesmo para frear a prática do *cyberbullying* (HINDUJA and PATCHIN, 2009, p. 57-62).

4 Ciberterrorismo

O mundo virtual é a nova arena não só para as ações solitárias, como também, em escala maior, para as atividades em grupo conduzidas por uma rede de organizações criminosas especializadas em operações transnacionais, que abrangem lavagem de dinheiro, evasão de renda e terrorismo. Como já foi observado, os criminosos têm sido bem mais ágeis em se adaptar a esse novo mundo tecnológico e têm conseguido vantagens enormes na condução de suas práticas entre continentes, de maneira rápida, sem serem detectados, com seus segredos bem protegidos.

As respostas por parte dos governos e agências internacionais têm sido, em regra, lentas, insuficientes e, na maioria das vezes, não muito reativas. Atenção especial deve ser dada ao uso de computadores e tecnologia relacionada à internet na prática de atos terroristas e de guerra. Existem pontos em comum, que se cruzam entre o mundo real e o virtual, que podem ser e serão usados como alvos por uma nova forma de ameaça proveniente do mundo do ciberespaço, a saber, o ciberterrorismo.

Também conhecido como guerra de infraestrutura, o ciberterrorismo é uma forma diferenciada de promoção de conflitos, em âmbito regional e mundial, e provavelmente será a forma predominante de guerra do século XXI. Ele representa uma séria ameaça aos sistemas em rede de governos, corporações e empresas, em âmbito nacional e transnacional. Os ataques ciberterroristas podem causar estragos às redes de comunicação dos computadores e desativar centrais de fornecimento de energia, serviços de internet, sistemas de torres de

controle de aeroporto. Eles podem também interromper serviços de telefonia, de televisão interativa e danificar ou impedir acesso a dados dos sistemas bancários, causando pânico generalizado e fazendo parar a infraestrutura essencial da rotina em um ou vários países.

A atuação do grupo de hackvistas (mistura de hacker com ativista) já vem sendo apontada como prática de ciberterrorismo. O grupo, formado nas salas de bate-papo de um fórum sobre tecnologia em 2003, é composto pelos inúmeros *anonymous* espalhados pelo planeta, dispostos a programar e realizar ações coordenadas de ataques a *sites*, em nome de uma causa ou defesa de um ideal, em geral contra a interferência na internet de governos, corporações e empresas (LEVY, 2010, p. 56-59). Foi o que ocorreu com a turbulência da operação Payback, lançada em 8 de dezembro de 2010 por mais de mil hackvistas que se organizaram por meio de fóruns na internet, para atacar e causar danos a *websites* de órgãos de governo e das empresas PayPal, Visa e Mastercard, em resposta às pressões contra o *site* Wikileaks e à prisão de seu proprietário Julian Assange, que divulgou documentos secretos da diplomacia dos Estados Unidos (HANLEY, 2011, p. 12-15).

Julian Assange, por meio do seu *site* Wikileaks, causou a primeira guerra cibernética com efeitos devastadores. Isso se deu porque ele consumou o golpe do maior vazamento de documentos diplomáticos da história, o que deixou os governos perplexos e alertou para a necessidade de alteração de mecanismos de controle e fóruns de comunicação entre diplomatas e seus superiores em todos os continentes. Sediado na Suécia e dirigido pelo australiano Julian Assange, o *site* Wikileaks (<<http://wikileaks.org>>) trouxe a público, em 28 de novembro de 2010, cerca de 250 mil documentos confidenciais da diplomacia dos Estados Unidos, com mensagens, fotos e informações comprometedoras no âmbito dos bastidores e práticas secretas da comunicação oficial internacional, gerando desconfiança de chefes de Estado e sérios abalos na segurança interna de vários países (CALABRESI, 2010, p. 30-37).

5 Tipos de crimes cibernéticos

O crime cibernético é uma modalidade de ilicitude com a especificidade do uso do computador, do telefone celular ou da televisão interativa para produzir resultado lesivo a determinado interesse ou bem jurídico protegido.

Os crimes mais frequentes praticados pela internet são os contra a honra (injúria, calúnia e difamação), a exibição de imagens de conteúdo sexual, a divulgação de textos ofensivos e fraudes que envolvem conta bancária ou cartão de crédito.

A internet pode servir de ponte para a caracterização de crime, até mesmo quando fatos alheios ao comportamento do agente interferem na corrente causal primitiva, vindo, assim, a determinar o resultado. É o que se chama, na doutrina do Direito Criminal de “causa relativamente independente”. Cita-se como exemplo: ocorre o crime de homicídio, se um paciente morre em consequência da atitude de alguém inserir um vírus na base de dados do computador de um hospital.

Uma grande dificuldade no campo da investigação de crimes praticados pela internet situa-se em relação à dimensão internacional que esses crimes podem apresentar. Muitas vezes, um *site* de conteúdo racista ou pornográfico, por exemplo, hospedado num servidor no Brasil, foi feito por uma pessoa na Europa, nos Estados Unidos ou no Japão.

Existem vários tipos de violação ligados ao mercado da ilicitude virtual:

- clonagem de tecnologia;
- espionagem;
- escuta telemática;
- incursão não autorizada em sistema de dados;
- implantação ou propagação de vírus;
- invasão da privacidade;
- ameaça;
- furto;
- estelionato;
- extorsão;
- sabotagem;
- falsa identidade;
- falsidade ideológica;
- discriminação;
- perseguição cibernética;
- correio eletrônico incômodo;
- transações fraudulentas;
- violação de direitos autorais;

- apropriação indevida de valores;
- disseminação de informação ou conceitos falsos;
- *cyberbulling* mediante ofensa à honra com injúria, calúnia e difamação;
- *phishing* (ato de capturar ilicitamente informações particulares ou sigilosas);
- pirataria com o uso de cópia de *software* sem licença;
- exploração de jogos de azar;
- lavagem de dinheiro;
- imigração ilegal e tráfico de pessoas;
- comércio ilegal de armas e animais;
- criação de *sites* ofensivos;
- pedofilia;
- pornografia infantil;
- favorecimento da prostituição;
- exploração sexual;
- publicações obscenas;
- interceptação ou vazamento de documentos ou informações sigilosas;
- manipulação de fotos;
- violação da propriedade industrial;
- concorrência desleal;
- violação de correspondência;
- preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou origem;
- incitação ao racismo;
- tráfico humano, tráfico de droga, tráfico de senha ou de outra natureza;
- terrorismo.

Quando imerso na vasta rede do ciberespaço, o comportamento das pessoas tende a ser menos inibido do que em sua vida fora da rede. Na realidade, o ambiente proporcionado pela interconexão do ciberespaço, em que se pode usufruir dos benefícios da interação, embora fisicamente distante, é propício a atitudes que alguns indivíduos provavelmente não demonstrariam se estivessem eles interagindo face a face, com pessoas do mundo objetivo. Infelizmente, essa perda de inibição, aliada a certo grau de ingenuidade, pode levar alguns a compartilharem informações pessoais e responder a pedidos e ofertas aparentemente inofensivas de determinados *sites* ou amigos internautas, colocando-se assim, em situações bastante vulneráveis.

Os predadores cibernéticos se valem do anonimato e da distância física para fugir das consequências imediatas de suas ações. A natureza impessoal da conexão e a distância do alvo pretendido facilitam a tarefa do criminoso, pelo processo de dessensibilização. (GRABOSKY e SMITH, 2001, p. 8-26).

Informativos, lembretes, anúncios comerciais, salas de bate-papo e programas de mensagens instantâneas podem colocar os usuários da Web em posição de perigo, especialmente crianças, que podem se tornar vítimas da atividade de predadores e obter acesso a material de *sites* eróticos. De fato, crianças e adolescentes compõem a maioria das vítimas – predadores frequentemente se fazem passar por elas para conseguir fazer contato e, após ter estabelecido relacionamento de confiança e interesses em comum, procuram influenciar suas vítimas a explorarem comportamentos fora dos padrões aceitáveis socialmente, associados à pornografia e à devassidão. Jovens rebeldes ou problemáticos, geralmente à procura de se libertar do controle e da autoridade dos pais, são especialmente suscetíveis de se tornarem vítimas desses criminosos. Muitos idosos também vêm se tornando alvos fáceis para vigaristas virtuais (FINKELHOR, MITCHELL e WOLAK, 2000, p. 9-13).

Ironicamente, apesar de ser um meio facilitador de atividades criminosas, a mídia eletrônica tem demonstrado ser o melhor instrumento para detecção e incriminação de criminosos cibernéticos (ELLISON e AKDENIZ, 1998, p. 29-47). Da mesma forma que os criminosos têm se tornado hábeis usuários da tecnologia, as autoridades no planeta utilizam seus conhecimentos de informática e aparelhos eletrônicos para rastrear criminosos por seus rastros digitais, descobrir provas, recuperar *e-mails* e arquivos apagados, decodificar encriptações e senhas complexas para obter arquivos escondidos e, em alguns casos, as autoridades podem até mesmo interceptar comunicações *on-line* em tempo real. Contudo, a maior parte das técnicas de detecção de computador demanda tempo e é dispendiosa, pois essas técnicas requerem equipamentos atualizados e treinamentos contínuos para os agentes policiais de combate à criminalidade cibernética. Nem todos os governos perceberam inteiramente o impacto extensivo que o crime virtual tem tido nos setores público e privado de seus países. Desse modo, alguns deles relutam em alocar os recursos necessários para equipar e treinar agentes de combate ao crime nessa área.

6 A natureza do crime cibernético

Deve-se destacar que, até agora, não há uma definição aceita universalmente quanto ao que pode ser interpretado como comportamento criminoso na área da Tecnologia da Informação (NORRIE, 2001, p. 227-228). A Convenção do Conselho da Europa sobre o Crime Cibernético abrange uma variedade de violações relacionadas ao crime informático em suas substanciais cláusulas do Direito Criminal. Para efeito de ilustração, uma seção que lida com crimes cometidos por computador está subdividida em artigos sobre falsificação e fraude cometidas por computador (PODGOR, 2002, p. 273-274).

A dificuldade de se definir o crime cibernético ou informático ocorre, em parte, devido às várias funções desempenhadas pelo computador na obtenção de propósitos criminosos (WALL, 1999, p. 105-139). Eles podem ser o instrumento usado para cometer o crime, o alvo de ação criminosa ou exercer apenas papel secundário em relação ao crime. Além disso, boa quantidade de práticas criminosas, presentes na longa lista de crimes computadorizados, são de fato crimes tradicionais, conhecidos na história do Direito Penal, que agora estão sendo cometidos em meio tecnológico (CHANDLER, 1996, p. 229-251). Perpetradores, vítimas e motivos também podem variar bastante em relação aos crimes informáticos. Toma-se como exemplo: o transgressor pode ser um jovem *hacker* determinado a exibir seus talentos, que invade uma agência governamental ou o sistema de segurança de uma empresa; o criminoso pode ser um terrorista, que invade o mesmo sistema com o propósito de destruir ou desativar uma agência governamental ou militar (JORDAN e TAYLOR, 1998, p. 757-780).

Em vista disto, não se deveria automaticamente pressupor que a criminalidade encravada no ciberespaço seja um fenômeno inteiramente novo (DENNING, 2000, p. 29-37). Criminosos podem, simplesmente, utilizar-se do ciberespaço para a prática de atos há muito tempo já considerados ilegais. Os adventos do telefone, do rádio e da televisão, por exemplo, possibilitaram o surgimento de novas e variadas maneiras de se cometerem fraudes, mas a fraude, em si, tem sido considerada uma atitude ilícita há séculos. Alguns teóricos argumentam que, uma vez que o ciberespaço é simplesmente um meio utilizado para a prática de crimes tradicionais, não há absolutamente nenhuma necessidade de se considerarem os crimes cibernéticos como uma categoria separada de crimes, tampouco de se

elaborarem leis para tratar exclusivamente desses crimes (WILLIAMS, 2000, 95-104). Afirmam eles que a lei não diferencia tipos de crimes conforme o método utilizado para sua perpetração. Independentemente do método utilizado na prática de um crime, na Lei Penal, o foco é centrado no malefício advindo de determinada conduta, não existindo, portanto, categoria de crime por especificidade de método, como homicídio por esfaqueamento, homicídio por arma de fogo, homicídio por estrangulamento, homicídio por apedrejamento.

Pode-se argumentar que o crime descrito, atualmente, como crime cibernético, representa nada mais que o uso de um método específico para a prática de delitos há muito reconhecidos pela Lei Penal. A vasta gama de atividades que podem ser associadas a crimes que envolvem o uso de computador possibilita, portanto, que se chegue à conclusão de que o foco da atenção deve ser colocado na conduta criminal, sendo o computador considerado apenas como a ferramenta utilizada. Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça parece endossar tal enfoque de política criminal (SPENCER, 1999, p. 241-251).

Em oposição a essa visão, há os especialistas que acreditam que as práticas relacionadas ao computador precisam ser tratadas de maneira diferente. Eles se utilizam, por exemplo, de razões econômicas para afirmar que o ciberespaço é um meio próprio, que requer uma série de regras distintas em um mundo em transformação. Esse foi um importante tema discutido no XII Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Penal (MANN e SUTTON, 1998, p. 201-229).

Em suma, a interpretação da legislação federal nos Estados Unidos sobre crimes cometidos por meio de computador é de pouca ajuda na conciliação das diferentes visões a respeito desse assunto. Naquele país, há legislação para fraudes cometidas pela internet que estabelece tipos diferentes de conduta em relação ao uso de computadores, bem como a possibilidade de punição, tanto por parte do Sistema Judiciário Estadual quanto do Federal, para ampla série de práticas. Entre as condutas consideradas ilegais, pode-se citar o uso do computador para perseguição ou espionagem, acesso não autorizado a computadores do governo, tráfico interestadual de senhas, assim como extorsão. Para exemplificar, a Lei Federal dos Estados Unidos contra a perseguição cibernética (*cyberstalking*) estabelece o seguinte: “Quem quer que transmita, em comércio interestadual ou estrangeiro, qualquer comunicação contendo ameaça de sequestro de pessoas

ou de fraude será multado sob este título, ou preso por até cinco anos, ou ambas as coisas” (<www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-crime/congress/documents/Salvador-Declaration>).

A lei em questão baseia-se na intenção. O desejo de causar dano deve ser provado, para que se obtenha o veredicto de culpado. Esse conceito foi colocado à prova no caso Baker, no qual um jovem estudante na Universidade de Michigan postou uma história que descreve tortura, estupro e assassinato de uma colega de classe. Baker foi indiciado com cinco acusações de transmitir ameaças de lesar e sequestrar outra pessoa, por meio de mensagens de *e-mail* e, no final, foi considerado culpado.

Entretanto, um exame das normas de procedimento no Estatuto 18 U.S.C. 103 para determinação de sentenças para os culpados revela que, para a legislação americana, o uso de computadores meramente indica os meios utilizados para a prática de uma forma tradicional de crime.

Aliado ao Estatuto sobre fraudes cometidas por meio de computador, promotores de Justiça nos Estados Unidos também empregam normas genéricas nos processos judiciais contra autores de crimes cibernéticos: atos relacionados às instituições públicas e empresas privadas que envolvem a obtenção de vantagens por meio de fraude ou de planejamento de esquemas com intuito de defraudar. Isso é o que vem ocorrendo nas investigações relacionadas ao uso fraudulento de computadores em crimes corporativos, serviços de comunicações irregulares, violação de direitos autorais, transporte ilegal de produtos roubados e conspiração.

O Congresso dos Estados Unidos vem trabalhando em novo projeto de “interceptações autorizadas por lei”, para facilitar grampos de mensagens de texto e voz. Esse projeto tem por justificativa a constatação de que “a capacidade de grampear suspeitos de crimes, incluindo o terrorismo, está desaparecendo, à medida em que as pessoas usam serviço *on-line* em vez de telefones, daí a necessidade de preservar a habilidade do poder público para proteger a população e a segurança nacional”. Esse projeto vem causando polêmica. A União Americana para Liberdades Civas (ACLU) teme que se abra uma porta dos fundos para a espionagem e considera que ele constitui concreta ameaça à privacidade de internautas e pode constituir empecilhos ao desenvolvimento de novos serviços de comunicação *on-line* (<www.stoptheaclu.com/2010>).

7 Fraude cibernética

Para os propósitos deste artigo, relatamos aqui a definição de fraude por computador utilizada pela Convenção do Conselho da Europa para Crimes Cibernéticos (JOHNSON e POST, 1996, p. 54-61). Essa definição concentra-se no ato intencional de causar perda de propriedade, visando conseguir benefícios econômicos indevidos e vantagens por meio de fornecimento, alteração ou supressão de dados de computador ou, também, qualquer interferência no sistema de um computador. Insere-se nessa definição a fraude relacionada a leilões pela internet, a fraude de telemarketing, o acesso ilegal a *sites* para ganhos econômicos e uso errado do computador com o objetivo de obter vantagens econômicas ilegais. Está excluída dessa definição a espionagem, por ser esta direcionada à obtenção de vantagens políticas. De acordo com a Convenção Europeia, aprovada em Budapeste, Hungria, em 23 de novembro de 2001, as fraudes por computador podem vitimizar não somente indivíduos, mas também entidades corporativas privadas ou públicas, o que torna os autores suscetíveis a procedimento civil e criminal.

Quanto à real extensão da fraude cibernética, observadores afirmam que, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, algumas instituições e companhias ficam relutantes em divulgar que foram vítimas de crime cibernético por temerem repercussões negativas. No âmbito individual, algumas pessoas não denunciam às autoridades, aparentemente, em parte, por não conseguirem identificar que foram vitimizadas, em parte porque as perdas sofridas são pequenas, e, provavelmente, consideram que não vale a pena o trabalho de denunciar. Contudo, o número de crimes virtuais denunciados aumentaram nos últimos anos e continuam crescendo a cada dia – um sinal claro de que o número de fraudes pela internet não é apenas um número simbólico e está crescendo rapidamente. Em anos recentes, o Departamento de Investigação dos Estados Unidos (FBI) detectou uma série de preocupantes fraudes *on-line*, no âmbito de órgãos públicos e de empresas privadas: fraudes de leilões pela internet, fraudes de cartão de crédito, fraudes bancárias, fraudes de investimentos, fraude de roubo de identidade, fraudes de plano de saúde, fraudes de esquemas estilo pirâmide, entre outras (<www.fbi.gov/about-us/investigate/ciber/>). Embora seja apenas uma amostra do que as pessoas possam ser vítimas no ambiente

da Web, a lista de atividades fraudulentas que acabou de ser mencionada é o suficiente para nos mostrar o grau de engenhosidade e sofisticação dos criminosos cibernéticos. De fato, o grau de sofisticação e engenhosidade a que chegaram os criminosos virtuais é tamanho, que tem levado os Serviços de Inteligência a procurar aperfeiçoamento constante, exatamente como o fazem os espões em missões secretas. Sem dúvida, a velha forma de espionagem com disfarces, falsos passaportes, escutas telefônicas e câmeras escondidas saíram das ruas e entraram no ambiente cibernético.

Em vista das múltiplas estratégias colocadas em prática pelos autores de fraudes pela internet, estudos científicos foram de grande importância no fornecimento de definições concretas para uma variedade de práticas ilícitas que têm se tornado realidade constante no cenário tecnológico (GOLDSMITH, 2008, p. 179-184).

A seguir, apresentamos o elenco de comportamentos típicos que podem se identificar com o modelo da natureza e da essência do crime cibernético.

- *Hacker*: indivíduo que invade um computador para consumir o *hacking*, disseminando vírus embutidos em *softwares* densos que prejudicam a navegação digital, podendo até destruir os sistemas dos computadores das vítimas, impedindo o acesso a *sites* e inundando o espaço de armazenagem da caixa de *e-mail*. O *hacker* é conhecido como *intruso virtual*, *pirata virtual* ou *pirata da internet*.
- *Insider hacker*: profissional de um órgão ou uma empresa que utiliza o sistema de informática em seu próprio ambiente de trabalho, para impulsionar o *hacking*.
- *Cracker*: especialista na engenharia de *software* ou *hardware* que pratica o *cracking* para quebrar a segurança de um sistema, danificando programas do usuário, como por exemplo, clonagem ou adulteração de cartões magnéticos que acarretam a vulnerabilidade das páginas da internet. O *cracker* é conhecido como pichador digital, porque, em geral, gosta de deixar mensagens, deliciando-se com o prazer de causar estragos à vítima.
- *Phisher*: indivíduo que comete o *phishing*, enviando *e-mail* com falsas narrativas, com o intuito de forçar o usuário a ceder informações pessoais que serão usadas em proveito do fraudador. Em geral, o *e-mail* pede ao usuário que atualize seus dados pessoais, fornecendo número de identidade,

cadastro de pessoa física ou jurídica, *login*, *password* ou senha de cartões de crédito, de contas bancárias e de investimentos no mercado financeiro.

- *Cyberstalker*: usa a internet para o *cyberstalking*, enviando mensagens que incomodam ou assustam, chegando até mesmo à perseguição virtual. O *cyberstalker* distingue-se também pela conduta de praticar o ilícito da apologia ao crime.
- *Pheaker*: concretiza o *pheaking*, entrando furtivamente na rede de telefone celular para alterar números de telefones, realizar chamadas sem pagar ou desviar o pagamento para a fatura de outras pessoas.
- *Cyberbully*: perfaz o *cyberbullying*, isto é, faz chantagem ou ataca a honra e a privacidade de alguém em *blogs*, *sites* ou páginas de relacionamento na internet.
- *Hackvist*: integra o grupo de ativistas *anonymous* que dispõe da mobilidade de coordenar simultaneamente várias ofensivas denominadas de *hackvisting*, que consiste no lançamento de ataques a *websites* de governos, entidades e empresas, em nome de uma causa ou defesa de um ideal. Assim ocorreu quando os *hackvists*, em 8 de dezembro de 2010, invadiram páginas de órgãos de governos e empresas na internet em solidariedade ao australiano Julian Assange, proprietário do *site* Wikileaks, que havia dado publicidade a documentos sigilosos da diplomacia dos Estados Unidos.

8 Colaboração entre os países e eficácia dos princípios internacionais

Diferentemente dos processos civis, a utilização da Lei Penal depende, em grande parte, da adequação da punição. Um ponto importante a ser levantado diz respeito à aplicação de medidas punitivas contra indivíduos que residem fora do país ou contra países para os quais suas atividades ilícitas se direcionam. Por exemplo, se um país não pune determinada atividade cibernética danosa, deveria o país afetado utilizar-se do poder coercivo de seu aparato legal, fora dos limites de sua soberania, para deter um indivíduo residente?

Embora a vasta rede de comunicação da Web seja global, os governos não o são. Os países atuam na comunidade internacional, podem até mesmo participar de convenções, tratados, acordos internacionais e apoiar outras iniciativas que tratem de vários problemas globais. Porém, todos esses tipos de mecanismos encorajados pela globalização não expandiram aplicações eficazes da Lei Penal em âmbito global, devido ao fato de haver, por parte dos países, ressalvas quanto à possibilidade de ceder qualquer porção da soberania de suas leis internas ou da jurisdição sobre seus cidadãos.

A realidade, entretanto, é que os países não são todos consistentes ou unânimes quanto ao que consideram conduta fraudulenta cometida por meio do computador – um ato específico na internet pode ser uma prática normalmente aceita em um país e ser proibido e considerado como fraude em outros. Além disso, mesmo quando há algum consenso entre países em considerar determinado ato como criminoso, dependendo do país que está lidando com o delito, tal ato poderá receber tratamentos bem diferentes, quanto à forma, de como os infratores serão punidos.

Em vista da disparidade de opiniões existentes entre países a respeito das várias práticas que ocorrem na internet, emergem algumas perguntas inevitáveis: Que comunidade estabelecerá os padrões que determinam se uma conduta é de fato fraudulenta? Seria o país de residência do infrator ou da vítima, ou deveria haver uma definição de comum acordo entre todas as comunidades internacionais? Obviamente não existe resposta fácil ou rápida. A falta de resposta satisfatória torna ainda mais difícil para um país impor medidas punitivas às pessoas que se utilizam da internet para, conscientemente, cometerem atos ilegais que afetam outros dentro e fora de seu país. (<www.fbi.gov/scams-safety/fraud/internet e www.cia.gov/about-cia/site-policies>).

Pode-se tomar como exemplo o fenômeno dos jogos de azar pela internet. (STROSSEN, 2000, p. 11-24). As pessoas que residem em regiões onde os jogos de azar não são legais, frequentemente, têm a sua disposição, pela internet, uma variedade de opções de jogos providas pela indústria do jogo localizada em regiões onde o jogo de azar é considerado legal. Uma vez que a internet tenha sido o meio pelo qual o acesso aos serviços de jogos se tornou possível, forneceria essa acessibilidade em si jurisdição suficiente para um processo judicial? Deveria ser exigido dos operadores de *sites* de jogos que negassem

acesso de indivíduos que tentassem entrar em seus *sites* em locais onde os jogos de azar são ilegais? Deveriam os estatutos que regulam a prática de jogos em um país serem utilizados para processar judicialmente atos originados fora daquele país? Não se deve excluir, nesses casos, a hipótese de que a imposição dos padrões legais de um país sobre indivíduos de outros países poderá não ser vista favoravelmente pela comunidade internacional em geral, razão pela qual os procedimentos integrados entre países para a aplicação da Lei Penal não podem, e não devem, permanecer um assunto relegado ao território do debate entre estudiosos e acadêmicos.

É de salientar-se que o crime organizado é difícil de ser definido em termos estatísticos ou em outros termos precisos. Esse dilema é refletido em boa parte do trabalho científico e político voltado tanto para a compreensão mais profunda do fenômeno, como também para a busca de soluções viáveis que aumentem seu controle, prevenção e repressão de modo integrado, em todas as regiões. Frequentemente, medidas combativas parecem ser seriamente dificultadas pela falta de unanimidade quanto a definições e metas (PAKES, 2004, p. 141-143).

A luta contra a criminalidade virtual deixou para trás a conotação de um assunto hermético, para se tornar objeto de estratégias adotadas por governos que procuram assegurar um ambiente mais seguro na internet para instituições, empresas, consumidores e usuários da Web em geral (DREZNER, 2010, p. 31-32).

O crime organizado somente poderá ser combatido por meio da tecnologia, e, para que isso ocorra, a Lei Penal precisa ser fortalecida com a elaboração de legislação apropriada, que abranja novas definições de crimes e comportamentos fraudulentos inerentes ao mundo cibernético. Várias são as razões para se conceder tratamento diferenciado ao crime cibernético. Algumas dessas razões são o enfraquecimento da credibilidade da evolução tecnológica, a perda de renda, a perda de tempo, a perda de dignidade e até mesmo a perda de vidas. Ademais, o crime cibernético tem o potencial de afetar simultaneamente milhões de pessoas em todo o mundo, em um período muito curto de tempo, visto que esse tipo de crime não sofre as dificuldades de restrições físicas, tais como estradas, fronteiras, aeroportos –, distinguindo-se dos crimes tradicionais. Estes não somente são limitados pelo mundo físico, mas também dele dependem para serem praticados.

Outra razão para o tratamento diferenciado dos crimes cibernéticos está nas dificuldades encontradas pela Polícia e pelo Sistema de Justiça Penal em investigar e condenar os autores de tais atos, dada a dificuldade que encontram em identificar a autoria e a co-autoria desses crimes (AROMAA e VILJANEN, 2007, p. 17-18). Daí por que a *International Criminal Police Organization* (Interpol) e o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) desenvolvem estudos em conjunto com grandes empresas de tecnologia, como Google, Skype, Yahoo e Facebook, para tornar mais simples e mais eficiente o monitoramento e o grampeamento de suspeitos na internet e nas operadoras de linhas telefônicas (SAVAGE, 2010, p. 35).

A ideia subjacente à existência de legislação específica que trate do crime cibernético é que a legislação apropriada irá ressaltar a desaprovação com que a sociedade encara o uso do ciberespaço para a prática criminosa. Tal reação poderá, pelo menos, provocar um efeito intimidador em criminosos cibernéticos em potencial (TYLER, 1996, p. 222-223).

Deve-se acrescentar que a elaboração de preceitos internacionais que regulamentem os princípios e as regras em relação ao procedimento criminoso em âmbito transnacional torna-se indubitavelmente importante na redução das dificuldades de se aplicarem leis domésticas. Elas poderão ser aplicadas à luz dos cânones de normas internacionais, pois há óbvia necessidade de cooperação dos órgãos do Sistema de Justiça com a estrutura de órgãos de empresas que administram as plataformas dos *sites* de comunicação que circulam na internet por meio de computador, telefone celular e televisão interativa (WALL, 2003, p. 11-21). Institutos e agências da ONU, como a Organização Mundial da Propriedade Intelectual e a União das Telecomunicações Internacionais, devem tomar a liderança na produção substancial de novos tratados e convenções, especialmente considerando que a era digital trouxe desafios inusitados para alcance dos poderes do Estado e até mesmo para a própria segurança mundial.

O florescente progresso cibernético é o espelho da globalização dos laços entre as pessoas, mas não se pode facilitar o acesso à porteira aberta para o salto do crime e abrigo fácil da impunidade.

Assim sendo, fortalecer a cooperação interregional e intercontinental é imprescindível para facilitar a troca de experiências. Essa postura reflete a visão comum sobre a eficácia da segurança pública no plano do mundo virtual.

Os passos essenciais se concentram nos seguintes fatores:

- I. aprimoramento de banco de dados, para tornar exequíveis os mecanismos de intercâmbio de informações sobre diagnósticos e tendências da circulação de práticas ilícitas;
- II. integração das forças de Polícia e de atuação do Poder Judiciário;
- III. fixação de um marco regulatório da internet para cobrir a necessidade de a pessoa manter o controle sobre dados e informações que lhe dizem respeito, seja para preservação da vida íntima, seja para evitar o uso não consentido de dados e informações por terceiros e ainda para proteger a pessoa contra a vigilância indevida por instituições privadas ou pelo próprio Estado;
- IV. sistematização dos procedimentos administrativos das agendas de governos;
- V. incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico das universidades;
- VI. estabelecimento de novas regras e princípios relativos a Tratados e Convenções com estratégias ditadas pelo Direito Internacional.
- VII. garantia da eficácia dos princípios da Organização das Nações Unidas quanto ao reconhecimento de que o acesso à internet e o desenvolvimento de *softwares* são essenciais ao exercício da cidadania, sendo observada a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento com respeito à garantia da segurança e da estabilidade social.

Cada nação deve procurar melhorias progressivas por meio de planejamentos que sejam eficazes o suficiente para mudar concepções de gerenciamento de riscos relacionados à segurança pública globalizada (LABORDE, 2005, p. 43-56). A perspectiva de investimentos úteis é sempre a principal força responsável para acelerar as mudanças necessárias ao combate dos indicadores de subdesenvolvimento em infraestruturas que necessitem de melhorias tecnológicas e científicas.

Nesse contexto se insere a necessidade de reforçar a função do Estado para impor limites aos crimes cibernéticos, encontrando soluções para as crises sociais geradas pela aceleração do mundo virtual. Essa é a valiosa meta de um milênio saudável, capaz de resgatar os benefícios trazidos pela globalização.

Referências

- ANDREAS, Peter. Smuggling Wars: Law Enforcement and Law Evasion in a Changing World. In: *Transnational Crime in the Americas*. New York, Routledge Publications, 1999, p. 86-87.
- ANDREAS, Peter and NADELMANN, Ethan. *Policing the Globe Criminalization and Crime Control in International Relations*. Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 11-15.
- AROMAA, Kauko and VILJANEN, Terhi. European Experiences in Preventing Organized Crime Field. In: *Studies of Best Practices by a Council of Europe Expert Group*. European Institute of the United Nations for Crime Prevention and Control. Helsinki, HEUNI Edition, 2007, p.17-18.
- BREMMER, Ian. Democracy in Cyberspace: What Information Technology can and Cannot Do. In: *Foreign Affairs*, vol. 89, n. 6, November/December, 2010, New York, p. 86-91.
- CALABRESI, Massimo. The War on Secrecy. In: *Time Magazine*. Dec. 13, vol. 176, n. 24, New York, 2010, p. 30-37.
- CASEY, John. *Policing the Word. The Practice of International and Transnational Policing*. Durham, NC, Carolina Academic Press, 2010, p. 129-143.
- CHANDLER, Amanda. The Changing Definition and Image of Hackers in Popular Discourse. In: *International Journal of the Sociology of Law*, 24, London, New York, 1996, p. 229-251
- COCKAYNE, James. *Transnational Organized Crime: Multinational Responses to a Rising Threat*. New York, International Peace Academy, 2007, p. 39-42.
- DASQUE, Jean Michel. *Géopolitique du Crime International*. Paris, Ellipses Edition, 2008, p. 83-88.
- DENNING, Dorothy E. *Cyberterrorism*. Washington, Georgetown University, 2000, p. 29-37.

- DREZNER, Daniel W. Weighing the Scales: The Internet's Effect on State-Society Relations. In: *The Brown Journal of World Affairs*, vol. XVI, n. II, Spring/Summer, 2010, Providence, Rhode Island, p. 31-32.
- EDWARDS, Adam and GILL, Peter. *Transnational Organized Crime: Perspectives on Global Security*. London, Routledge Edition, 2003, p. 29-30.
- ELLISON, Louise and AKDENIZ, Yaman. *Cyberstalking The Regulation of Harassment on the Internet*. In: *Criminal Law Review*, Special Edition, London, Sweet Maxwell, 1998, p. 29-47.
- FINKELHOR, David., MITCHELL, Kimberly J. and WOLAK, Janis. *Online Victimization. A Report on the Nations Youth*. Arlington, VA, National Center for Missing Exploited Children, 2000, p. 9-13.
- FRANKO, Aas Katja. *Globalization and Crime*. Los Angeles, Sage Publications, 2007, p. 145-150.
- GOLDSMITH, Jack and WU, Tim. *Who Controls the Internet?* Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 179-184.
- GRABOSKY, P. N. and SMITH, Rusell G. Digital Crime in the 21 Century. In: *Journal of Information Ethics*, St. Cloud McFarland & Company, Inc. Publisher, 2001, p. 8-26.
- HANLEY, Delinda C. Wikileaks Revelations - Who benefits? In: *Washington Report*, vol. XXX, n. 1, January/February, 2011, Washington D.C., p. 12-15.
- HINDUJA, Sameer and PATCHIN, Justin W. *Bullying: Beyond the Schoolyard*. Thousand Oaks, California, Corwin Press Sage Company, 2009, p. 57-62.
- HUMMEL, Michael L. Internet Terrorism. In: *The Homeland Security Review*, vol. 2, n. 2, Summer 2008, Canonsburg, Pennsylvania, p. 117.
- JOHNSON, David R. and POST, David. Law and Borders The Rise of Law in Cyberspace. In: *Stan Law Review*, 48, Stanford, CA, 1367,1996, p. 54-61.
- JORDAN, Tim and TAYLOR, Paul. Sociology of Hackers. In: *Sociological Review*, November, Keele University, UK, 1998, p. 757-780.

- KLOCKARS, Carl B.; IVKOVIC, Sanja Kutnjak and HABERFELD, Maki R. *Enhancing Police Integrity*. New York, Springer-Verlag Publisher, 2006, p. 31-32.
- LABORDE, Jean-Paul. *État de Droit et Crime Organisé*. Paris, Dalloz Édition, 2005, p. 43-56.
- LEVI, Michael and GILMORE, William. Terrorist Finance, Money Laundering and the Rise and Rise of Natural Evaluation: A New Paradigm for Crime Control? In: *Financing Terrorism*. Dordrecht, The Netherlands. Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 108-112.
- LEVY, Steven. *Hackers: Heroes of the Computer Revolution*. Sebastopol, CA, O'Reilly Media, Inc., 2010, p. 56-59.
- MADSEN, Frank G. *Transnational Organized Crime*. London and New York, Routledge Publications, 2009, p. 80-83.
- MANN, David and SUTTON, Mike. Netcrime: More Change in the Organization of Thieving. In: *British Journal of Criminology*, 38, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 201-229.
- NORRIE, Alan. Dialogue and Debate. The Nature of Virtual Criminality. In: *Social and Legal Studies*, 10, Sage Publications, London, Los Angeles, 2001, p. 227-228.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Co-operation and Law Enforcement to Counter Organized Crime in the Common Market Countries of South America*. Helsinki, HEUNI Edition, 2005, p. 46-49.
- PAKES, Francis. *Comparative Criminal Justice*. Devon, UK: Willian Publishing, 2004, p. 141-143.
- PODGOR, Ellen S. International Computer Fraud. A Paradigm for Limiting National Jurisdiction. In: *Davis Law Review*, January, Davis, CA, 2002, p. 273-274.
- RAUSCH, Sharla and LAFREE, Gary. The Growing Importance of Criminology in the Study of Terrorism. In: *The Criminologist. The Official Newsletter of the American Society of Criminology*. Columbus, Ohio, Publication Series Vol. 34, No. 4, November / December, 2007, p. 2-4.

- SAVAGE, Charlie. F.B.I. Seeks Wider Wiretap Law for Web. In: *The New York Times*. Business Day Technology. New York, November, 2010, p. B5.
- SHEPTYCKI, James W. E. Against Transnational Organized Crime. In: *Critical Reflections on Transnational Organized Crime*. Toronto, Toronto University Press, 2003, p. 126-134.
- SPENCER, Jon. Crime on the Internet: Its Presentation and Representation. In: *Howard Law Journal*, Washington, DC, 38, 1999, p. 241-51.
- STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its Discontents*. New York, London, W.W. Norton Company, 2002, p. 214-222.
- STROSSEN, Nadine. Cybercrimes v. Cyberliberties. In: *International Review of Law Computer and Technology*, 14, London, New York: Routledge Publications, 2000, p. 11-24.
- TYLER, Tom R. Compliance with Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective. In: *Journal of International Law and Politics*, 29, New York University, New York, 1996, p. 222-223.
- VIANO, Emilio. Cybercrime and Cybersecurity: The Post-September 11, 2001, Reality. In: *Transnational Organized Crime*. Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2003, p. 174-178.
- WALL, David S. Cybercrimes New Wine, No Bottles? In: *Invisible Crimes Their Victims and Their Regulation*. London Macmillan, 1999, p. 105-139.
- _____. *Cyberspace Crime*. Farnham, UK, Ashgate Dartmouth, 2003, p.11-21.
- WILIAMS, Matthew. Virtually Criminal: Discourse, Deviance and Anxiety within Virtual Communities. In: *International Review of Law Computers and Technology*, 14, Routledge Publications, London, New York, 2000, p. 95-104.
- ZINCANI, Vito. Les Stratégies d'Opposition à la Criminalité Organisée. In: *Les Organisations Criminelles*. Publication Institut National des Hautes Études de Sécurité (INHES), Paris, Janvier-Mars, No. 7, 2009, p. 79-84.

Parecer Jurídico 195/2013-BCB/PGBC

Parecer que analisa a questão jurídica relativa à extensão da inoponibilidade do sigilo bancário ao poder fiscalizador do Banco Central do Brasil, à luz do conceito de “funções de fiscalização” contido nas disposições da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

Márcio Rafael Silva Laeber
Assessor Jurídico

Eliane Coelho Mendonça
Procuradora-Chefe

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira
Subprocuradora-Geral

Parecer Jurídico 195/2013-BCB/PGBC
Proc. 0701378297

Brasília, 10 de junho de 2013.

Ementa: Consultoria de Organização do Sistema Financeiro. (...). Penalidade de multa aplicada em razão de declaração de informações falsas em contratos de câmbio. Interposição de recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Alegação de nulidade derivada de quebra do sigilo de que trata a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Possível transcendência da decisão a outros processos administrativos punitivos. Solicitação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para que o Banco Central do Brasil manifeste-se acerca do sigilo bancário. Inoponibilidade do sigilo a toda e qualquer atividade de supervisão conferida ao Banco Central do Brasil.

Senhora Procuradora-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de solicitação formulada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para que o Banco Central do Brasil se manifeste acerca da extensão da inoponibilidade do sigilo bancário ao seu poder fiscalizador. Tal consulta teve como origem a alegação da (...), em grau de recurso, de que esta Autarquia teria acostado aos autos documentos que violariam dispositivo da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

2. O processo administrativo foi instaurado pelo Banco Central do Brasil contra a (...) para apurar os indícios de declarações de informações falsas em contratos de câmbio, o que constitui infração ao art. 23, § 3º, da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962 (fls. 2.461 a 2.463).

3. Esta Autarquia, a fim de obter documentos comprobatórios da falsidade das referidas informações, requisitou a diversas instituições financeiras (fls. 64 a 70), com base no art. 37 e 44 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o encaminhamento de informações contratuais e bancárias relativas à (...). A requisição foi devidamente acatada pelas instituições, que promoveram o encaminhamento dos documentos pertinentes.

4. Regularmente intimada (fls. 2.477 e 2.478), a (...) apresentou defesa (fls. 2.526 a 2.532) em que sustenta a ocorrência da prejudicial de prescrição e, no mérito, a ausência de provas acerca da incorrência das exportações declaradas. Em sede de contestação, a interessada não menciona qualquer violação ao sigilo de que trata a Lei Complementar nº 105, de 2001.

5. Na sequência, foi proferida a Decisão Difis-2009/15 (fls. 2.242 e 2.243), que, afastando a ocorrência de prescrição, condenou a (...) ao pagamento da pena de multa no montante equivalente, em moeda nacional, a US\$ 1.961.024,86 (um milhão, novecentos e sessenta e um mil, vinte e quatro dólares dos Estados Unidos e oitenta e seis centavos).

6. Intimada da decisão (fl. 2.562), a interessada interpôs recurso voluntário (fls. 2.566 a 2.577) em que, além de repisar os argumentos adotados na defesa, aduziu ilegalidade e excesso na decisão recorrida, litispendência e quebra de sigilo bancário que autorizaria a nulidade do processo administrativo.

7. Encaminhados os autos ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro (CRSFN) (fls. 2.581 e 2.582), a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional formulou a consulta retromencionada. Na sequência, os autos recebidos pelo Departamento de Controle e Análise de Processos Administrativos Punitivos (DECAP) foram encaminhados à Procuradoria-Geral (fl. 2.587).

8. É o relatório. Passo a opinar.

APRECIÇÃO

9. Cabe, inicialmente, transcrever excerto da alegação da recorrente acerca da suposta violação de seu sigilo bancário pelo Banco Central do Brasil (fls. 2.567 e 2.569), *ad litteram*:

“A multa aplicada à recorrente deverá ser anulada em razão de todo o procedimento estar ‘contaminado’, a um só tempo, por inconstitucionalidade, ilegalidade e irregularidade, oriundas da QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM ORDEM JUDICIAL, senão vejamos.

(...)

Conforme se verifica dos dispositivos constitucionais retrotranscritos [art. 5º, X e XII, da Constituição Federal], são assegurados a todos a inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, o sigilo de dados, etc. Dentre as citadas garantias está o sigilo bancário, o qual restou violado no procedimento em epígrafe. Como exemplo, vejam-se a juntada de extratos bancários de fls. 09 a 26; cheques de fls. 133 e 135; TED de fls. 136; além de inúmeros outros documentos SIGILOSOS, sem nenhuma pertinência aos supostos fatos imputados à recorrente.

(...)

Assim sendo, outra não pode ser a conclusão a que se chega senão pela NULIDADE DO PROCEDIMENTO DE COBRANÇA DE MULTA EM RAZÃO DA OBTENÇÃO DOS DADOS BANCÁRIOS DA RECORRENTE SEM A NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, pelo que, nos termos do artigo 53 da Lei 9.784, requer, respeitosamente, seja acolhida esta preliminar, anulando-se o mesmo e cancelando-se a MULTA IMPOSTA, na melhor forma de Direito.”

10. O acesso do Banco Central do Brasil, em sua atividade fiscalizadora, às informações acobertadas pelo sigilo de que trata o art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, denominado de sigilo bancário, encontra respaldo no § 1º do art. 2º desta mesma norma, que dispõe:

“Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

§ 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil:

I – no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras; (...)”

11. Para compreender a extensão da inoponibilidade de sigilo bancário ao Banco Central do Brasil mostra-se imperioso o desvendamento do alcance normativo da expressão “funções de fiscalização”, adotada no inciso I do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, como autorizadora do acesso desta Autarquia às informações relativas às operações ativas e passivas e aos serviços prestados pelas instituições de que trata o § 1º de seu art. 1º¹.

12. Esse trabalho exegético se deve ao fato de que a atividade fiscalizadora do Banco Central do Brasil não se resume às instituições financeiras e demais instituições autorizadas, como é o caso das administradoras de consórcio, mas agrega, da mesma forma, outras pessoas físicas e jurídicas que pratiquem atividades ou realizem operações submetidas à supervisão desta Autarquia².

13. Para tanto, cabe divisar que, enquanto o *caput* do art. 1º³ se ocupa das informações sobre as quais recai o sigilo bancário, o art. 2º dedica-se a regular a sua não oponibilidade em relação a determinados **órgãos de fiscalização**, para os quais o acesso a informações sigilosas mostra-se imprescindível para o exercício de suas atribuições.

1 “§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

I – os bancos de qualquer espécie;

II – distribuidoras de valores mobiliários;

III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;

IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;

V – sociedades de crédito imobiliário;

VI – administradoras de cartões de crédito;

VII – sociedades de arrendamento mercantil;

VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;

IX – cooperativas de crédito;

X – associações de poupança e empréstimo;

XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;

XII – entidades de liquidação e compensação;

XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.”

2 Vide, por exemplo, Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, Decreto-lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, e Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006.

3 “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.”

14. No que diz respeito ao Banco Central do Brasil, o pleno exercício de seu mister, legal e constitucional, de apurar a regularidade das condutas submetidas à sua fiscalização, não pode, na maioria das vezes, ser exercido sem o acesso às operações ativas e passivas e aos serviços prestados pelas instituições de que trata o § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

15. Em razão disso é que o § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, não limita as funções de fiscalização do Banco Central do Brasil para as quais lhe é inoponível o sigilo bancário.

16. Como a atuação do Banco Central do Brasil não se esgota na supervisão das instituições de que trata o § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001, a expressão “funções de fiscalização” alcança também outras pessoas físicas e jurídicas que, em razão da relevância de sua atividade ou da operação que realizem, se encontram **legalmente** submetidas à fiscalização desta Autarquia.

17. Esse é o caso, por exemplo, do mercado de câmbio, do fluxo internacional de capitais e do Sistema Financeiro da Habitação, cuja repercussão na estabilidade e na higidez do SFN, exige, para o seu monitoramento, o acesso a informações acobertadas pelo sigilo bancário.

18. Nesse passo, não possuindo a norma palavras inúteis, não cabe ao intérprete, sem previsão legal, restringir o alcance da expressão “funções de fiscalização”, sem que se subverta a *mens legis*.

19. Não se diga que o termo “*compreendendo*”, contido no inciso I do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, teria o condão de restringir as funções de fiscalização à “*apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras*”.

20. Em primeiro lugar o verbo *compreender* encontra sinonímia nos verbos *abranger*, *conter* e *incluir*, os quais não denotam exclusividade, mas antes exemplificação dos objetos contidos no sujeito.

21. Em segundo lugar, entender que as funções de fiscalização que seriam capazes de afastar o sigilo seriam somente a apuração de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras, acabaria por excluir a possibilidade de obter as informações sigilosas quando o processo administrativo sancionador fosse aberto exclusivamente em relação à pessoa jurídica.

22. Nesse passo, não vislumbro a possibilidade de, em uma exegese gramatical ou lógica, o termo “compreendendo” vir a restringir as funções de fiscalização àquelas mencionadas na segunda parte do inciso I do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

23. Dessa forma, o sigilo bancário não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil enquanto a autarquia estiver atuando no exercício da fiscalização de condutas omissivas ou comissivas que a lei lhe tenha atribuído competência. Nesse contexto, o Banco Central do Brasil pode acessar e utilizar as informações de que trata o *caput* do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001, atinentes a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que tenham praticado as referidas condutas, desde que tais dados sejam necessários ao desempenho de seu mister.

24. A respeito do assunto, destacou-se no Parecer PGBC-19, de 14 de janeiro de 2003⁴:

“7. Da análise dos preceitos suso colados, pode-se chegar às seguintes conclusões: 1) o Banco Central do Brasil tem dever de sigilo em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas funções, razão por que não pode revelá-las a terceiros; 2) em que pese ao fato de as instituições financeiras também estarem submetidas ao dever de sigilo, estas não podem opô-lo ao Banco Central do Brasil, sempre que a Autarquia Federal estiver no desempenho de suas funções de fiscalização. No ponto, cumpre acentuar este último aspecto: o Banco Central do Brasil só poderá requerer a quebra do sigilo bancário de uma instituição financeira, inclusive no que respeita a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos por particulares, quando estiver agindo no desempenho de suas funções de fiscalização.

(...)

10. (...). Logo, impende repisar: só se faz possível evocar a regra do inciso I, do § 1º, do art. 2º, da LC nº 105/01, que impede a oposição do sigilo bancário pela instituição financeira, nos casos de se encontrar, esta Autarquia, no desempenho de suas funções de fiscalização, fato que, evidentemente, só há de ser possível quando exercido no âmbito de suas competências legais e atribuições regulamentares.”

4 Da lavra do Procurador Jáder Amaral Brillhante, com despacho do Procurador-Chefe Substituto Marcus Vinícius Saraiva Matos.

25. No mesmo sentido, asseverou-se no Parecer PGBC-15, de 8 de fevereiro de 2008⁵:

“11. Ademais, cumpre-me ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro franqueia ao Banco Central do Brasil, quando no exercício de sua vertente fiscalizatória, acesso amplo a informações relacionadas à vida social e financeira das instituições por ele fiscalizadas, bem como de seus administradores. Assim é que o art. 2.º, § 1.º, I, da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, prevê não ser oponível a esta Autarquia, ‘no desempenho de suas funções de fiscalização’, o sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos e aplicações, ‘compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras.’”

26. Por outro lado, ao ter acesso às informações sigilosas, o Banco Central do Brasil deve guardá-las do conhecimento alheio, na forma do *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

27. Nessa medida, o conhecimento e a utilização das operações e serviços pelo Banco Central do Brasil deve observar a finalidade para a qual as informações foram coligidas. Assim, não pode esta Autarquia, na condição de parte, pretender se valer das aludidas informações, as quais somente tem conhecimento em razão de seu poder administrativo, para se beneficiar.

28. No entanto, no exercício de suas funções institucionais, não se pode impedir que o Banco Central do Brasil utilize dados sigilosos para supervisionar as atividades realizadas pelas pessoas físicas e jurídicas que atuem em desacordo com o ordenamento jurídico, sob pena de, sem qualquer amparo legal, esvaziar a missão institucional desta Autarquia.

29. Em razão desse entendimento, é possível requisitar diretamente às instituições financeiras informações atinentes a operações ativas e passivas e serviços prestados em favor de seus clientes para a apuração, *e.g.* de ilícito concernente a operações ilícitas ou ilegítimas de câmbio, de que tratam, respectivamente, a Lei nº 4.131, de 1962, e o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro

5 Da lavra do Procurador Lucas Alves Freire, com despachos do Assessor Jurídico Erick Acioli Wolf e do Subprocurador-Geral Substituto Cristiano de Oliveira Lopes Cozer.

de 1933, haja vista que a apuração destas irregularidades se encontra inserida no âmbito das competências do Banco Central do Brasil.

30. Há de se ressaltar, contudo, que, tratando-se de medida de natureza excepcional e gravosa, o Banco Central somente deve acessar e utilizar informações protegidas por sigilo bancário nas hipóteses estritamente necessárias ao desempenho de sua atividade.

31. No caso dos autos, não há dúvida de que a apuração do ilícito de prestação de informações falsas em contratos de câmbio se insere entre as atividades alcançadas pela exegese do inciso I do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001. Não há de se falar, portanto, em violação do sigilo bancário da (...) pelo Banco Central do Brasil.

32. Contudo, apesar de os documentos acobertados pelo sigilo bancário terem sido licitamente requisitados e acostados aos autos pelo Banco Central do Brasil, a decisão de primeira instância tomou como elementos de prova exclusivamente os ofícios e os documentos encaminhados pela Secretaria da Receita Federal, sobre os quais não incide o sigilo de que trata o *caput* do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

CONCLUSÃO

33. Feitas essas considerações, pode-se concluir que:

- a) a expressão “funções de fiscalização”, adotada no inciso I do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, como autorizadora do acesso às informações relativas às operações ativas e passivas e aos serviços prestados pelas instituições de que trata o § 1º de seu art. 1º, alcança toda atividade de supervisão conferida pela ordem jurídica ao Banco Central do Brasil;
- b) o termo “compreendendo”, contido no inciso I do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, não restringe as funções de fiscalização àquelas mencionadas na segunda parte do dispositivo em referência;
- c) o Banco Central do Brasil pode acessar e utilizar as informações de que trata o *caput* do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001,

relativas a quaisquer pessoa física ou jurídica que esteja sujeita a seu poder de polícia, desde que tais dados sejam necessários ao exercício da fiscalização, incluindo nesse contexto a instrução de processo administrativo sancionador;

- d) no caso concreto, em se tratando de apuração do ilícito consubstanciado em declaração de informações falsas em contratos de câmbio, inserida no mister institucional do Banco Central do Brasil e, portanto, entre as funções de fiscalização alcançadas pela exegese do inciso I do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, esta Autarquia atuou licitamente ao acessar e utilizar as informações relativas à (...) acobertadas por sigilo bancário; e
- e) a decisão de primeira instância tomou como elementos de prova exclusivamente os ofícios e os documentos encaminhados pela Secretaria da Receita Federal, sobre os quais não incide o sigilo de que trata o *caput* do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

À consideração de Vossa Senhoria.

Márcio Rafael Silva Laeber

Assessor Jurídico

Coordenação-Geral de Consultoria em Organização do Sistema Financeiro (COORF)

De acordo.

À Sra. Subprocuradora-Geral, em razão da matéria.

Eliane Coelho Mendonça

Procuradora-Chefe

Coordenação-Geral de Consultoria em Organização do Sistema Financeiro (COORF)

(Segue despacho.)

De acordo.

Ao Decap.

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Câmara de Consultoria Geral

Subprocuradora-Geral

Petição 1.464/2014-BCB/PGBC

Petição requerendo a admissão do Banco Central do Brasil como *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Solidariedade, para que sejam declarados inconstitucionais o art. 13, caput, da Lei nº 8.036, 11 de maio de 1990, e o art. 17, caput, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, que estipulam a Taxa Referencial (TR) como índice de remuneração dos saldos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

José Augusto Sansoni Soares
Procurador

Fabiano Jantalia Barbosa
Procurador

Flavio José Roman
Procurador-Chefe

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho
Subprocurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira
Procurador-Geral

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5.090/DF
RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO
REQUERENTE: PARTIDO SOLIDARIEDADE
REQUERIDOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA e CONGRESSO NACIONAL

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Autarquia Federal criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (CGC/MF: 00.038.166/0001-05), com sede no SBS, Quadra 3, bloco “B”, Edifício-Sede, nesta Capital, por seu Procurador-Geral (Lei 9.650, de 27 de maio de 1998, art. 4º, I), vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, na forma das razões a seguir explicitadas, na qualidade de órgão executor da regulação do sistema financeiro nacional (art. 9º a 11 da Lei nº 4.595, de 1964), requerer sua admissão nos autos da ação direta de inconstitucionalidade 5090/DF, como amicus curiae (art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999).

I. LEGITIMIDADE PARA INGRESSO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL COMO *AMICUS CURIAE*

2. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Solidariedade, para que sejam declarados inconstitucionais o art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, 11 de maio de 1990, e o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, que estipulam a Taxa Referencial (TR) como índice de remuneração dos saldos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), ao fundamento de que tal taxa “*não pode ser utilizada para fins de atualização monetária, por não refletir o processo inflacionário brasileiro*”.

3. O resultado da presente ação de controle abstrato de constitucionalidade terá importantes repercussões sobre o Sistema Financeiro Nacional, tendo em conta que, além de ser o índice legal de remuneração dos saldos do FGTS, a TR é largamente utilizada como índice de remuneração em diversos setores da economia, especialmente nas operações de poupança e nas entabuladas no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH).

4. Ainda no que diz respeito à TR, cumpre salientar que, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.177, de 1991¹, a regulamentação desse índice compete ao Conselho Monetário Nacional (CMN), sendo o Banco Central do Brasil responsável por calcular a TR a partir de metodologia aprovada por aquele órgão.

5. Demonstrada a importância da TR para o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, cuja supervisão encontra-se encartada entre as missões institucionais do Banco Central do Brasil, e somando-se o fato de que seu cálculo compete a esta Autarquia, está justificada a sua intervenção na qualidade de *amicus curiae* na presente ação de controle abstrato de constitucionalidade.

6. Por fim, enfatiza-se a tempestividade do pedido de ingresso como *amicus curiae*, em ordem a evidenciar que se mostra oportuna a admissão do Banco Central como terceiro nos autos da ação direta em referência. Com efeito, conforme pronunciamento recente do ilustre ministro Celso de Mello, em pedido de intervenção formulado por esta Autarquia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já definiu que o pedido deve ser “*deduzido antes da inclusão em pauta do processo em referência, para efeito de seu julgamento final (ADI 4.071-AgR/DF, Rel. Min. MENEZES DIREITO)*”² No caso em exame, o feito não foi ainda pautado; daí a manifesta tempestividade do pleito ora formulado.

1 “Art. 1º O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial (TR), calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal.”

2 STF, Tribunal Pleno, ADI(MC) nº 5.022/RO, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática prolatada em 16.10.2013, DJe de 23.10.2013.

II. SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS INVOCADOS NA PETIÇÃO INICIAL

7. O Partido Solidariedade, com o escopo de fundamentar seu pleito para que sejam declarados inconstitucionais o art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, 11 de maio de 1990, e o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, que estipulam a TR como índice de remuneração dos saldos do FGTS, lança mão dos seguintes argumentos:

- a) os saldos das contas vinculadas do FGTS seriam de **propriedade** dos trabalhadores em nome dos quais foram abertas as contas;
- b) enquanto propriedade dos trabalhadores, esses créditos estariam albergados pela **proteção constitucional ao direito de propriedade**, insculpido no art. 5º, inciso XXII, da Constituição da República;
- c) dessa proteção constitucional à propriedade decorreria a **necessidade de se manter atualizado o valor de compra dos saldos** das contas vinculadas, diante dos efeitos deletérios da inflação;
- d) como a **TR não estaria remunerando os saldos** das contas de FGTS **segundo os índices que, na visão do Autor, melhor refletem a inflação**, o mandamento constitucional acima descrito não estaria sendo cumprido, o que, ademais, atentaria contra a própria eficácia do direito ao FGTS;
- e) o Pretório Excelso teria decidido, no julgamento das ADIs nº 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425 que a TR não pode ser utilizada para fins de correção monetária, por não refletir o processo inflacionário brasileiro.

8. Apoiado nessas assertivas, o Solidariedade vislumbra, nos dispositivos legais que preveem a adoção da TR como índice de remuneração dos depósitos de FGTS, ofensa às seguintes disposições constitucionais: art. 5º, inciso XXII (por violação a direito de propriedade); ao art. 7º, inciso III (por violação ao direito ao FGTS); e ao art. 37, *caput* (por violação ao princípio da moralidade administrativa).

III. ORIGEM E FINS DO FGTS

9. Antes de adentrar no mérito da presente ADI, julga-se necessário tecer breves considerações sobre o instituto do FGTS.

10. O FGTS, instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, surgiu em substituição ao regime celetista da indenização por tempo de serviço e da estabilidade decenal. De 1966 a 1988, foi facultativo (em tese, o empregado fazia a opção pelo regime), e, a partir da Constituição de 1988, tornou-se obrigatório para todos os empregados, substituindo definitivamente o regime celetista. Atualmente, o FGTS encontra-se positivado no art. 7º, III, da Constituição Federal, que, por sua vez, foi regulamentado pela Lei nº 8.036, de 1990, que estabelece todo o delineamento jurídico do instituto.

11. O FGTS é *“um depósito bancário destinado a formar uma poupança para o trabalhador, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas na lei, principalmente quando é dispensado por justa causa. Outrossim, servem os depósitos como forma de financiamento para a aquisição de moradia pelo Sistema Financeiro Nacional”*³.

12. Nos termos do art. 2º da Lei 8.036, de 1990, o FGTS é formado por recursos advindos de contribuições mensais, efetuadas pelos empregadores em nome dos seus empregados, no valor equivalente a 8% (oito por cento) das remunerações que lhes são pagas ou devidas. Constituem, ainda, recursos do Fundo:

- a) dotações orçamentárias específicas;
- b) resultados de aplicações dos recursos do FGTS;
- c) multas, correção monetária e juros devidos; e
- d) demais receitas financeiras e operacionais.

13. No que diz respeito à aplicação dos recursos do FGTS, a Lei nº 8.036, de 1990, dispõe:

“Art. 6º Ao Ministério da Ação Social, na qualidade de gestor da aplicação do FGTS, compete:

[...]

IV - acompanhar a execução dos programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, decorrentes de aplicação de recursos do FGTS, implementados pela CEF;

³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. pg. 443.

[...]

VI - *subsidiar o Conselho Curador com estudos técnicos necessários ao aprimoramento operacional dos programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana;*

VII - *definir as metas a serem alcançadas nos programas de habitação popular, saneamento.*

[...]

Art. 9º *As aplicações com recursos do FGTS poderão ser realizadas diretamente pela Caixa Econômica Federal e pelos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS, em operações que preenchem os seguintes requisitos:*

[...]

§ 2º *Os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana. As disponibilidades financeiras devem ser mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda.*

§ 3º *O programa de aplicações deverá destinar, no mínimo, 60 (sessenta) por cento para investimentos em habitação popular.*

§ 4º *Os projetos de saneamento básico e infraestrutura urbana, financiados com recursos do FGTS, deverão ser complementares aos programas habitacionais.”*

14. Do que foi dito até aqui, depreende-se que o FGTS foi concebido para ter dupla finalidade. Além de servir como instrumento de garantia de pagamento aos trabalhadores das indenizações em caso de dissolução do vínculo empregatício, o Fundo tem por finalidade também fomentar políticas públicas por meio do **financiamento de programas de habitação popular, de saneamento ambiental e de infraestrutura urbana**. Enfim, o trabalhador ganha “nas duas pontas”. É dizer, garante-se a indenização por demissão sem justa causa e, com a finalidade de garantir uma “*remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda*”, os recursos são aplicados no financiamento de projetos com forte apelo social e com ganhos para o trabalhador, como nas hipóteses de financiamento habitacional ao amparo do SFH, bem como mediante a geração de novos postos de trabalho.

15. Nesse particular, sobre a função de fomento de políticas públicas do FGTS, Maurício Godinho Delgado⁴ posiciona-se no seguinte sentido:

“O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, embora preservando nítida natureza trabalhista, também consubstancia, em seu conjunto global e indiferenciado de depósitos, um fundo social de orientação variada, que se especifica expressamente na ordem jurídica.

[...]

Além disso, o Fundo de Garantia, considerado na globalidade de seus valores, constitui um fundo social dirigido a viabilizar, financeiramente, ‘a execução de programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana’ (art. 6º, IV, VI e VII; art. 9º, § 2º, Lei n. 8.036/90).

Essa conformação diversificada e a destinação social do FGTS, que existem sem confronto com sua importante dimensão justralhista, conferem a ele caráter de um instituto efetivamente complexo, dotado de múltiplas dimensões, que não podem ser descuradas do operador jurídico”.

16. Desse modo, impõe-se que a discussão posta na presente ADI seja travada sem se descurar dessa **finalidade polivalente do FGTS**, que consiste em assegurar ao trabalhador um benefício pecuniário a ser usufruído nos casos previstos em lei, bem como de ser um importante instrumento de implementação de políticas públicas com assento constitucional, mediante a concessão, inclusive, de benefícios diretos e indiretos ao trabalhador.

17. Feitas essas considerações, passa-se enfrentar o mérito da presente ADI.

IV. O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES COMO ÓBICE AO PLEITO DO AUTOR

18. O direito ao FGTS encontra-se positivado no art. 7º, III, da Constituição da República, nos seguintes termos:

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10ª Edição. Editora LTR. São Paulo. pg. 1212, grifos nossos.

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

III - fundo de garantia do tempo de serviço”.

19. Buscando subsídios na doutrina constitucionalista, pode-se afirmar que o FGTS é um direito fundamental que tem por finalidade atenuar desigualdades materiais no seio da sociedade, seja, como dito, assegurando um pecúlio aos trabalhadores nos casos previstos em lei, seja por meio do fomento de políticas sociais.

20. Os direitos fundamentais de dimensão social, ou simplesmente direitos sociais, caracterizam-se por exigir do Estado uma prestação, que pode ser de índole material e jurídica. No primeiro caso, cabe ao Estado fornecer meios materiais, como bens e serviços, a quem de direito, enquanto que no caso de prestações jurídicas cumpre ao Estado editar normas destinadas a regulamentar o direito previsto na norma constitucional.

21. Tendo em conta que o Poder Constituinte Originário foi lacônico ao estabelecer o direito ao FGTS, pode-se afirmar que o FGTS é um direito fundamental cuja efetivação demanda, eminentemente, um dever de prestação jurídica por parte do Estado, consistente na emissão de normas que o institua, organize, estabeleça seus fins.

22. Considerando o arcabouço constitucional do País, especificamente no que diz respeito à tripartição de poderes, a edição dessas normas encontra-se no âmbito de competência típica do Poder Legislativo, pois é quem possui a atribuição legislativa, que encerra o processo de criação, modificação e revogação das espécies normativas.

23. **Cumprindo seu dever constitucional, o Congresso Nacional editou a Lei nº 8.036, de 1990, conferindo uma nova disciplina ao FGTS e detalhando todo o delineamento jurídico do instituto, inclusive estipulando a TR como índice de renumeração dos saldos das contas vinculadas ao Fundo.**

24. Nesse passo, segundo referido diploma legislativo, os depósitos efetuados nas contas vinculadas deveriam ser corrigidos e seguir **os mesmos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança**, com o acréscimo de juros capitalizados à razão de 3% ao ano. Em seguida, a Lei

nº 8.177, de 1991, determinou que, a partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do FGTS devem ser “remunerados” (e não mais “corrigidos”) pela taxa aplicável à remuneração básica da poupança, mantido o adicional de 3% ao ano.

25. Como se verifica, houve uma decisão legislativa no sentido de adotar, para a remuneração das contas do FGTS, o mesmo critério de remuneração básica escolhido para a poupança, mudando, apenas, a remuneração adicional, que a legislação do FGTS fixa em 3% ao ano⁵.

26. Desse modo, **está-se diante de uma decisão legal e soberana do Parlamento, que vige há mais de duas décadas**, no sentido de adotar a TR como parâmetro para a remuneração das contas do FGTS. Eventual provimento do pedido da parte autora ensejaria ofensa à competência legislativa e violação ao preceito contido no art. 2º da Constituição da República que garante a independência dos Poderes da União.

27. Bem por isso, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 124.864/PR (DJ de 28.09.98), assentou, como noção fundamental, o entendimento de que o poder liberatório da moeda decorre de lei, só podendo ser atualizado por índice a que a lei reconheça essa faculdade, *verbis*:

“A correção monetária, em nosso direito, está sujeita ao princípio da legalidade estrita, constituindo seu primeiro pressuposto a existência de lei formal que a institua. Se o Estado democrático de direito adotou o princípio do nominalismo monetário, estabelecendo o valor legal da moeda, é juridicamente inadmissível que esta (moeda) tenha, ‘pari passu’, um valor econômico sem autorização legal. Só a lei é o instrumento adequado para instituir a correção monetária.” (trecho da ementa do REsp 124864/PR, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, Rel. p/ Acórdão Min. DEMÓCRITO REINALDO, 1ª SEÇÃO, julgado em 24.6.1998, DJ 28.9.1998, p. 3).

28. Nessa mesma trilha de intelecção, o Ministro Eros Grau, desse Supremo Tribunal Federal, ao ensejo do voto que proferiu no julgamento da

5 Como se sabe, a Medida Provisória nº 567, de 3 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 7 de agosto de 2012, criou um sistema “de teto” para a remuneração adicional das contas de poupança, ao alterar o art. 12, inciso II, da Lei nº 8.177, de 1991. Assim, a partir da nova legislação, a remuneração adicional das poupanças passou a ser a seguinte: (a) 0,5% ao mês, enquanto a meta da taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) ao ano for superior a 8,5%; ou (b) 70% da meta da taxa Selic ao ano, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, enquanto a meta da taxa Selic ao ano for igual ou inferior a 8,5%. No entanto, essa alteração não interfere na forma de remuneração adicional dos saldos do FGTS, que será sempre de 3% ao ano.

Ação Originária n.º 1.157/PI, ressaltou, nos seguintes termos, a impossibilidade de inovações extralegis no que concerne à questão da correção monetária:

“Por outro lado, lembraria que o direito brasileiro adotou o nominalismo. Vale dizer, entre nós prevalece o enunciado quantitativo da moeda que, em virtude de lei, é o padrão de valor, tendo curso legal quando da constituição da obrigação. Digo mais: como a indexação implica a exclusão do nominalismo, que é a regra geral, a sua utilização somente poderia ser admitida nos expressos termos da lei. Fora dessas hipóteses ela não pode ser aplicada. É precisamente o caso dos autos.

[...] temo, inclusive, pela própria estabilidade do mercado. Se nos desatarmos a indexar, a atribuir correção monetária e a transformarmos a exceção em regra, colocamos o mercado --- que é tão prezado aqui, neste Tribunal ---, em risco. O rompimento da regra do nominalismo instala a insegurança nos mercados.” (STF, Pleno, AO n.º 1157-4/PI, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 25.10.2006, DJ 16.3.2007, p. 21 – sem grifos no original).

29. Como se vê, é a função legislativa que, em caráter geral e abstrato, há de estabelecer, ou não, correções monetárias para os diversos casos. Evita-se, com o respeito à decisão legal acerca do valor da moeda e dos mecanismos eventualmente concebidos para sua reposição, uma disputa descoordenada entre este ou aquele índice a que, afinal, considerada a sua precariedade intrínseca, jamais se poderá atribuir, por mais interessante que isso pareça a determinado agente ou grupo econômico, a condição de índice “verdadeiro”, capaz de expressar aquilo que se desejaria proclamar como inflação “real” – ou inflação “empírica”, segundo os termos do autor desta ADI –, fruto de um imperativo econômico “natural”, autônomo, preexistente e subordinante da validade da decisão política expressa na lei. Não há, em suma, algo inadmissível como uma espécie de “direito natural” a este ou àquele indicador econômico sobre a ordem legal republicana.

30. Em suma, não há direito fundamental à correção monetária ou uma espécie de direito adquirido à inflação. Os agentes econômicos e os cidadãos, nas relações contratuais informadas por normas marcadamente de ordem pública, não têm o direito assegurado de eleger um índice de correção monetária que melhor lhes convenha, sob pena de desordem econômica, uma realidade que seria francamente afrontosa à Constituição. Isso seria admitir que o ordenamento

pátrio abraçou não o nominalismo, mas a poligamia monetária, no magistério expressivo do Professor Arnoldo Wald.

31. Nesse contexto, a legislação de regência (art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.036, de 1990), garantiu aos trabalhadores que os saldos das contas receberiam uma “*remuneração mínima necessária à preservação do poder de compra do poder aquisitivo da moeda*”. E a própria lei cuidou de explicitar como se daria essa **remuneração mínima**. Tendo em mira que as contas vinculadas ao FGTS têm a finalidade de “*formar uma poupança para o trabalhador*”⁶, o legislador vinculou essa remuneração mínima ao sistema de remuneração básico dos depósitos de poupança, acrescidos de juros capitalizados de 3% ao ano⁷. Tanto assim que, uma vez alterada a forma de remuneração mínima incidente sobre a poupança, a legislação também cuidou de alterar a forma de estípcndio incidente sobre os saldos do FGTS. Merece realce, inclusive, que o contexto da política econômica e monetária era de desindexação da economia, como parte dos esforços estatais para vencer o fenômeno inflacionário, razão pela qual a lei já não traz no seu texto referência alguma à expressão “correção monetária” ou “atualização inflacionária”⁸.

32. Essa forma de remuneração, como se fez questão de destacar, ademais, está atrelada também à realização de políticas sociais, bem como à viabilização de benefícios diretos e indiretos ao trabalhador mediante a concessão de créditos para a aquisição de imóveis por meio do SFH e da criação de novos postos de trabalho. **Bem por isso, a eventual procedência da demanda teria o efeito concomitante de esvaziar o conteúdo do art. 13 da Lei nº 8.036, de 1990, o qual determina a remuneração dos saldos do FGTS pelos mesmos índices de remuneração básica dos depósitos de poupança.**

33. Oportuno salientar, por fim, que não se pode acusar o Congresso Nacional de se omitir na análise do assunto, tendo em conta que pretensão semelhante à veiculada na presente ação já foi objeto de apreciação pelo Poder Legislativo, a quem cabe, como dito, promover as devidas alterações no ordenamento jurídico em vigor. Trata-se do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº

6 MARTINS, Sérgio Pinto, ob. cit., pg. 443.

7 “Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano”. Art. 13 da Lei nº 8.036, de 1990.

8 “A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração.” Art. 17 da Lei nº 8.177, de 1991.

193 de 2008, que pretendia a substituição da TR pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) para a remuneração dos depósitos de FGTS. **Referido projeto foi arquivado após parecer desfavorável da Comissão de Assuntos Econômicos da mencionada Casa Legislativa, que ressaltou o efeito danoso que tal alteração iria produzir sobre os contratos de financiamento habitacional para a população de baixa renda, com reflexos nefastos para a política de acesso à moradia.**⁹

34. Diante do que foi exposto até aqui, vislumbra-se que a estipulação do índice de remuneração dos saldos do FGTS encontra-se no âmbito de competência do Poder Legislativo, sendo vedado ao Poder Judiciário se imiscuir em tal assunto, de modo que a pretensão veiculada na presente ADI deve ser julgada improcedente.

V. DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE: A IMPERATIVA APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE SOBRE OS RECURSOS DO FGTS E SEUS REFLEXOS SOBRE OS CONTORNOS JURÍDICOS DO INSTITUTO

35. O maior equívoco da tese autoral pode ser encontrado já em suas primeiras linhas, quando se declina a premissa fundamental de toda a argumentação deduzida na petição inicial da presente ADI.

36. Com efeito, a despeito de apresentar o FGTS (até então, corretamente) como um “*instituto jurídico complexo, multidimensional*”, que “*gera relações jurídicas distintas, mas complementares*”, que compreendem relações entre trabalhador, empregador e Estado, a petição inicial afirma (agora já de maneira desacertada) que somente interessa para o deslinde da presente ADI as relações de natureza empregatícia. Afirma-se, com todas as letras, que somente interessa para o exame da constitucionalidade da sistemática da remuneração das contas vinculadas do FGTS o fato de que os depósitos fundiários constituem créditos trabalhistas. É fundamentalmente baseado nessa premissa equivocada que o

9 No item 52 desta manifestação foram transcritos trechos do Parecer aprovado na Comissão que embasou o voto de rejeição do projeto (Disponível em: <<http://goo.gl/CF9Xvq>>. Acesso em: 5 mar. 2014).

autor afirma a existência de um direito de propriedade que estaria sendo violado pelos dispositivos legais que preveem a adoção da TR como índice de referência para a remuneração básica de tais “créditos”.

37. O que se observa da argumentação autoral, é que toda a tese da inconstitucionalidade está baseada na convicção distorcida de que os depósitos de FGTS integram o espectro de um **direito de propriedade absoluto**, que exigiria, sem qualquer condição ou limitação, a remuneração das contas vinculadas sempre em patamares superiores ao que chama de “inflação empírica”. É de se ver, nesse contexto, que a **petição inicial considera o FGTS como se fosse uma modalidade qualquer de investimento, cujo único proveito concreto ao trabalhador seria o de prover-lhe rendimentos.**

38. Nada mais equivocado, pois revela, como se demonstrará, uma **perspectiva limitada e individualista do papel do Fundo**. Em primeiro lugar, porque nenhum direito é absoluto e vigora ao arrepio do restante do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, porque, se, por um lado, é verdade que as contas vinculadas de FGTS são de titularidade de cada trabalhador, por outro lado, é preciso reconhecer que os saldos das contas não aproveitam apenas aos seus titulares e estão afetados a outras finalidades **constitucionais que condicionaram e orientaram a própria concepção atual Fundo de Garantia.**

39. O fato é que o FGTS, atualmente regido pela Lei nº 8.036, de 1990, foi concebido pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, em substituição ao regime celetista da indenização por tempo de serviço e da estabilidade decenal. Ele foi concebido, como já demonstrado, para ter dupla finalidade: (i) além de servir como instrumento de garantia ao pagamento das indenizações aos trabalhadores em caso de dissolução do vínculo empregatício, o Fundo tem por finalidade (ii) fomentar políticas públicas por meio do financiamento de programas de habitação popular, de saneamento ambiental e de infraestrutura urbana. É justamente por isso **que o FGTS foi concebido na forma de um grande e único fundo, e não como diversos fundos geridos por cada empresa ou trabalhador.** Nesse particular, vale trazer à baila este trecho da exposição de motivos da Lei nº 5.107, de 1966, que o criou:

“23. Em termos econômico-financeiros, a economia do país deverá ainda beneficiar-se largamente pelas aplicações no Plano Nacional da Habitação, permitindo-se que este disponha dos recursos na escala necessária ao

atendimento da demanda habitacional existente, decorrente do aumento da população e do déficit acumulado há longo tempo. Esta e as demais aplicações, dirigidas em consonância com o planejamento econômico, ao desenvolvimento do país, deverão, além disso, contribuir substancialmente para a criação de novos empregos elevando-se a demanda de mão-de-obra, e proporcionando-se, assim, aumento da real estabilidade dos empregados”.

40. Desde a sua criação, os recursos do FGTS têm sido, portanto, a **principal fonte para, em cumprimento a direitos fundamentais previstos na Constituição, propiciar a implementação de políticas e programas de Estado nos setores de habitação popular, saneamento ambiental e infraestrutura**, gerando ao longo de suas quase cinco décadas de existência importantes benefícios para a população brasileira, priorizando principalmente as camadas mais humildes da população. Eis alguns dados extraídos das Demonstrações Contábeis do FGTS (Relatório de Administração – Exercício 2012)¹⁰, que bem evidenciam o que se afirma:

- Para a área de habitação **popular**, foram contratadas operações no montante de R\$ 37,6 bilhões, beneficiando cerca de 2,08 milhões de pessoas e gerando 1,2 milhão de empregos;
- Ainda na área de **habitação popular**, o FGTS proporcionou descontos para aquisição de moradia própria pela população de baixa renda, assumindo obrigações de R\$ 6,65 bilhões, beneficiando 359.514 famílias, sendo metade dessas operações contratadas por famílias com renda bruta mensal entre 1 e 2 salários mínimos;
- Na área de saneamento básico foram contratadas operações no valor de R\$ 546 milhões, beneficiando cerca de 2,7 milhões de pessoas e gerando 31.720 empregos;
- Na área de **infraestrutura** foram contratadas operações no valor de R\$ 693 milhões, beneficiando cerca de 4,1 milhões de pessoas e gerando 48.781 empregos;

41. A partir desse caráter dúplice do FGTS, que, como dito, não pode jamais ser negligenciado pelo intérprete, pode-se afirmar que, a despeito de integrar o patrimônio dos trabalhadores, **os saldos do Fundo acham-se vinculados a uma finalidade social.**

¹⁰ Disponível em: <<http://goo.gl/KjLjKkm>>. Acesso em 25 fev. 2014.

42. Em termos constitucionais, isto equivale a dizer que, se, por um lado, é possível invocar o direito de propriedade para resguardar certos interesses dos fundistas, por outro, é imperativa a incidência do princípio da função social da propriedade, preconizado nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, ambos da Constituição, de modo a que se tome a destinação social dos recursos do FGTS como um importante elemento de ponderação em todo o juízo hermenêutico que se faça sobre o regramento jurídico acerca do FGTS.

43. Foi justamente em vista da função social do instituto que a sociedade brasileira, por meio de seus legítimos representantes no Congresso Nacional, deliberou por conceber a atual sistemática legal de remuneração das contas vinculadas, com o fito de permitir que os recursos beneficiem, de forma parcimoniosa, toda a sociedade brasileira¹¹.

44. A aplicação do princípio constitucional da função social da propriedade a tais recursos tem o efeito de fazer transcender o prisma de análise, fazendo com que se veja o FGTS sob uma perspectiva coletiva, que necessariamente relativizam pretensões de cunho individualizado e afastam interesses de uma minoria movida pela expectativa de ganhos fáceis, notadamente quando instigada por entidades, inclusive sindicais e partidárias, que promovem a cultura das ações em massa em tempos de estabilidade monetária.

45. Não se pode perder de vista que, para além do interesse daquele trabalhador específico, há o interesse social presente na destinação dos recursos a programas habitacionais que beneficiam os próprios fundistas (que pode até tomar crédito do FGTS em patamares superiores aos saldos que possui em sua conta vinculada).

46. A todo o ônus, no entanto, deve corresponder um ônus. Não há recursos infinitos para satisfazer a pretensões infinitas. E foi justamente para tornar viável essa destinação social do FGTS – à qual a sociedade brasileira decidiu aderir, por livre e espontânea vontade de seus representantes parlamentares – que se decidiu pela adoção de uma sistemática de remuneração baseada na TR. Esta foi

11 “Esses parâmetros não foram escolhidos ao acaso, e foram estabelecidos de forma que mantivesse o equilíbrio econômico financeiro do FGTS. Como se sabe, os recursos do Fundo são destinados em sua grande maioria a financiamentos ou programas habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, que normalmente seguem os parâmetros da poupança, até porque boa parte dos recursos que alimentam o SFH também se origina da poupança. Além disso, as taxas de juros dos empréstimos ou financiamentos concedidos com recursos fundiários são extremamente reduzidas, o que faz com que a taxa de juros que remunera os depósitos dos fundistas, de onde provêm esses recursos, não possa ser maior do que o patamar atual sem que o equilíbrio do sistema se quebre”. (JANTALIA, Fabiano. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. São Paulo: LTR, 2008, pg. 109-110, negritos acrescidos).

a fórmula encontrada para manter minimamente viável a concessão de crédito por parte do FGTS a custos mais módicos. Não há como empregar os recursos na concessão de créditos menos onerosos e, ao mesmo tempo, pretender pagar aos fundistas uma remuneração muito superior à cobrada dos tomadores. Por certo, a conta não fecharia.

47. Vale pontuar que, viabilizada essa destinação social de especial relevo dos recursos fundiários, abre-se caminho para que o FGTS sirva como importante instrumento para a **efetividade de direitos sociais como moradia e saúde, o que expressa o imperativo de concretude que se deve conferir ao conteúdo programático da Constituição.**

48. A função social aqui pugnada, longe de ser algo etéreo e programático, demonstra, de forma insofismável, que **a conformação jurídica do instituto está nitidamente baseada na premissa de que os recursos das contas de FGTS não devem atender apenas aos interesses de seus respectivos titulares, mas ao de toda a coletividade dos trabalhadores.** Nesse contexto, falar em violação a direito de propriedade importa necessariamente em ignorar por completo a própria essência do FGTS, tratando-o como direito individual e absoluto, quando não, como um simples investimento, algo que a própria Constituição elegeu como direito social e que, portanto, milita em favor de toda a coletividade.

VI. DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO AO FGTS (ART. 7º, INCISO III, CRFB): A VISÃO RESTRITA ACERCA DO PRÓPRIO CONTEÚDO DO DIREITO QUE SE TEM POR VIOLADO E SEUS EFEITOS DELETÉRIOS SOBRE A EFETIVIDADE DO INSTITUTO

49. Outro importante equívoco cometido pelo partido autor da ADI está em deduzir de um suposto descompasso entre a remuneração dos saldos da conta vinculada e os índices de inflação “real” uma suposta negação do próprio direito ao FGTS.

50. Nesse aspecto, o que parece ter orientado a tese autoral é a convicção não declarada de que o FGTS seria um mero conjunto de contas vinculadas, no qual os titulares das contas seriam simples detentores de créditos contra a Caixa Econômica Federal. Nada mais superficial.

51. No esteio do que já se expôs, é importante frisar que o FGTS não pode jamais ser analisado sob enfoque eminentemente individualista, como se circunscrito fosse a um mero conjunto de contas vinculadas, cujos recursos tutelam apenas direitos privados e individuais relacionados ao fundista. **Fosse esse o propósito, nem sequer haveria a necessidade de se constituir o FGTS na forma de um grande e único fundo:** bastaria permitir que o pagamento das indenizações por tempo de serviço fosse feito diretamente pelos próprios empregadores. E mais: **se individual fosse a perspectiva jurídica do instituto, a contratação de operações de crédito junto ao Fundo teria como limite o saldo da conta vinculada de seu titular, o que não ocorre atualmente.**

52. Atenta às múltiplas finalidades do instituto, o que fez a Lei nº 8.036, de 1990, foi conceber um arcabouço econômico-financeiro para o FGTS que tornasse viável o cumprimento de todos os seus objetivos constitucionalmente previstos¹². Buscou-se, assim, engendrar um construto que, primordialmente, viabilizasse a atuação do FGTS como fonte de recursos para o financiamento de habitação, saneamento básico e infraestrutura para o máximo possível de trabalhadores. Ao fim e ao cabo, os objetivos foram completamente opostos aos sustentados pelo autor: **visou-se, em verdade, à maior amplitude e ao maior alcance do direito ao FGTS.**

53. Nesse ponto, cumpre fazer uma importante digressão a respeito dos possíveis efeitos que podem advir da declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos ora impugnados sobre os contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), cujos índices de remuneração estão atrelados aos do FGTS. **Fato é que, caso julgada procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, com a conseqüente alteração na sistemática da remuneração do Fundo, a sobrevivência do sistema dependeria imperiosamente da revisão de todos os contratos firmados com recursos do FGTS. Isso porque não haveria como remunerar os fundistas em patamares superiores aos que o próprio Fundo aufera a título de receitas.**

54. Para se ter a noção do impacto da modificação do índice, por exemplo, com a substituição da TR pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), estima-se que haveria um aumento das taxas de financiamento de

12 Nesse passo, lembre-se que o FGTS foi criado nos anos 1960. É anterior, portanto, à própria Constituição de 1988. Na oportunidade em que foi “constitucionalizado” já se contemplava, portanto, o caráter dúplice do Fundo.

aproximadamente 11% ao ano, taxas hoje que variam entre 6% a 8,66% ao ano¹³. Tal revisão, por certo, tornaria as operações de crédito do FGTS mais onerosas, e, por conseguinte, financeiramente inviáveis e inacessíveis a significativa parcela da população, porquanto menos favorecida.

55. Como salientado em item precedente, pretensão semelhante à veiculada na presente ação já foi objeto de apreciação pelo Poder Legislativo. No PLS nº 193 de 2008, discutiu-se justamente a substituição da TR pelo IPCA para a remuneração dos depósitos de FGTS. Após intensos debates, a proposição foi arquivada, tendo recebido parecer desfavorável da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) no Senado, que ressaltou o efeito danoso que tal alteração iria produzir sobre os contratos de financiamento habitacional para a população de baixa renda, com reflexos nefastos para a política de acesso à moradia. Eis um trecho das razões adotadas no citado parecer:

“Destaco que qualquer reavaliação do FGTS sempre deve ser feita tendo em vista o difícil equilíbrio que o Fundo deve atingir entre os interesses dos depositantes e dos beneficiários dos programas que são executados com seus recursos. E mais: devemos lembrar que, na maioria das vezes, o depositante e o beneficiário são a mesma pessoa.

O fato é que 85% das contas vinculadas do FGTS têm saldo médio inferior a R\$ 1.000,00. Isso se deve ao fato dos recursos já terem sido sacados para serem utilizados principalmente na contratação de crédito para aquisição da casa própria. Com efeito, entre 2010 e 2011 foi realizado 1,7 milhão de saques dessas contas, com um total de quase R\$ 12 bilhões de recursos do FGTS utilizados pelos mutuários para habitação.

A alteração ora proposta teria um grave efeito oneroso sobre os contratos de financiamento imobiliário, pois implicariam na revisão desses contratos a fim de garantir o equilíbrio financeiro do Fundo.

Calcula-se que a substituição da TR pelo IPCA como índice de correção das contas vinculadas, como é proposto, implicará na elevação da taxa média dos contratos de financiamento imobiliário de 6% para até 11% ao ano, impossibilitando, inclusive, financiamentos especiais do FGTS com índices de até 5% ao ano que não poderiam mais subsistir.

Considerando que, do crédito habitacional originado entre janeiro e julho de 2011, 83,5% do valor total (R\$ 6,3 Bilhões) fora destinado as famílias

13 Vide Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos referido no item 31 desta manifestação.

com renda até 5 (cinco) salários mínimos e 87,2% dos contratos firmados foram celebrados por mutuários que percebem renda familiar até R\$ 2.725,00, podemos constatar também que seria a população de menor renda a maior prejudicada.

Ou seja, a despeito da boa intenção original manifesta no projeto em tela, estaríamos, na verdade, promovendo um amplo inadimplemento dessas famílias, com o risco real de perda da casa própria e retrocesso nas conquistas da política habitacional nos últimos anos.

Importante lembrar também que não são só os titulares de contas junto ao FGTS que têm acesso ao crédito para aquisição da casa própria. Num país em que o emprego informal, sem carteira assinada, é uma realidade, podemos prever que além do cotista, uma parcela expressiva da população seria prejudicada, inclusive porque o recurso é utilizado também para as políticas de saneamento e de infra-estrutura. Vale dizer que nos últimos 8 anos R\$ 120,2 Bilhões em recursos foram destinados a essas finalidades, gerando 6 milhões de empregos e beneficiando 147 milhões de pessoas” (grifou-se).

56. Curiosamente, a declaração de inconstitucionalidade pretendida pelo Partido Solidariedade, caso acolhida por este Excelso Pretório, teria efeito diametralmente oposto ao que se alega buscar, pois teria como consequência uma drástica redução das possibilidades do FGTS de continuar a prover crédito em condições favoráveis para as operações de financiamento dos programas de acesso à moradia, ao saneamento básico e à infraestrutura no âmbito do SFH, ao menos nos patamares hoje praticados.

57. É dizer, prestigiando uma perspectiva individualista do direito ao Fundo, prejudica-se – ou quase se aniquila – a perspectiva social deste mesmo direito que, alegadamente, se pretenderia preservar com a ação.

58. Em palavras mais diretas: somente uma visão predisposta a uma leitura obtusa, quiçá calcada em dividendos eleitorais imediatos, pode ignorar a mal disfarçada contradição entre o pretexto utilizado como fundamento da ADI e seus reais efeitos deletérios sobre a sociedade e a classe trabalhadora, cuja proteção ousa-se alegar como motivo para o ajuizamento da ação. Isso porque, como já explicado, o prejuízo, na verdade, seria do próprio trabalhador, em especial, no momento da aquisição de sua moradia ou no acesso aos serviços essenciais de saneamento, coleta e tratamento de

resíduos, mobilidade urbana e demais benefícios e programas atualmente financiados com recursos do FGTS¹⁴.

59. Nítida, pois, é a consequência desastrosa e o impacto negativo do acolhimento de uma pretensão como essa na presente ADI, em um País onde a sociedade carece de cerca de 5,4 milhões de habitações¹⁵, sendo o FGTS o maior agente fomentador das políticas habitacionais.

60. Diante do exposto, nota-se que não há respaldo algum para a alegação de violação ao direito ao FGTS. No esteio das linhas anteriores, a atual sistemática de remuneração, baseada na TR, busca justamente contribuir para a ampliação do acesso ao direito ao FGTS, na medida em que torna financeiramente viável a contratação de operações de crédito por trabalhadores com renda mais baixa ou sem acesso sequer ao emprego formal.

VII. DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: A AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVEITO FINANCEIRO GOVERNAMENTAL DECORRENTE DA SISTEMÁTICA DE REMUNERAÇÃO DOS DEPÓSITOS FUNDIÁRIOS

61. Outro grave equívoco no qual incorre a petição inicial desta ADI consubstancia-se na alegação de que a manutenção da TR como índice de remuneração das contas vinculadas importaria enriquecimento ilícito por parte do agente operador do FGTS, qual seja, a Caixa Econômica Federal.

62. Uma síntese dessa lastimável e pouco responsável argumentação está na afirmação lançada na petição inicial, no sentido de que “*ao não atualizar corretamente o saldo do FGTS, a CEF acaba por se apropriar de parcela do saldo do empregado, parcela esta que deveria ter sido repassa[da] ao último pela correção monetária e não foi*”.

63. A argumentação autoral, no entanto, não resiste a um simplório exame das próprias disposições da Lei nº 8.036, de 1990, e a um estudo minimamente superficial da dinâmica de funcionamento do FGTS.

14 Isso sem mencionar os números de postos de trabalho criados com a implementação dessas políticas.

15 Disponível em: <http://goo.gl/HeOrVe>. Acesso em 5 de março de 2014.

64. Em verdade, nem a CEF nem qualquer outro ente ou órgão governamental tiram qualquer proveito ou benefício, direto ou indireto, da sistemática de remuneração legalmente definida para as contas vinculadas do FGTS. Como agente operador do Fundo, a CEF tem suas atribuições definidas primordialmente no art. 7º da Lei nº 8.036, de 1990, cabendo-lhe, neste particular, apenas “*centralizar os recursos do FGTS, manter e controlar as contas vinculadas*” (inciso I). Nesse sentido, a CEF só faz o que lhe é determinado, seja pelo Conselho Curador do Fundo, seja pelo Ministério das Cidades (que é o gestor das aplicações) ou ainda pela própria Lei nº 8.036, de 1990.

65. No que tange à remuneração das contas, a CEF, para o fiel cumprimento dos ditames do citado art. 7º, inciso I, credita mensalmente, em cada conta vinculada, os juros e a remuneração básica (denominados tecnicamente e de forma conjunta como “parcela JAM”), segundo os parâmetros definidos no art. 13 da lei de regência do instituto, com recursos oriundos do próprio patrimônio do FGTS. Ou seja, a fonte (*funding*) de recursos para o crédito mensal de juros e remuneração dos saldos é o próprio FGTS. Nem a CEF, nem a União vertem um centavo que seja para honrar esses créditos mensais aos titulares das contas. Não há, portanto, proveito ou perda alguma por parte de um ou de outro na adoção desta ou daquela forma de remuneração. **No arcabouço econômico-financeiro do Fundo, a adoção deste ou daquele índice de remuneração repercutirá única e exclusivamente sobre o patrimônio do próprio FGTS, afetando, por conseguinte, sua capacidade para honrar seus compromissos com os titulares das contas vinculadas.**

66. Em se tratando de alocação e aplicação de recursos, sua atividade circunscreve-se a implementar as decisões do Ministério das Cidades, atual gestor de tais aplicações, “*de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Curador*” (inciso II).

67. Importante destacar ainda que a remuneração da CEF é fixada pelo próprio Conselho Curador do FGTS (cf. art. 5º, inciso VIII), no qual, por sinal, têm assento as principais Centrais Sindicais. E essa remuneração devida à CEF, por certo, em nada é afetada pelo índice de remuneração aplicável às contas vinculadas, o qual, ademais, é fixado em lei. Nesse sentido, o que faz o agente é cumprir o disposto na lei de regência do instituto, o que, além de afastar por completo a alegação de ofensa à moralidade administrativa, ainda milita em

favor de outro princípio constitucional impingido à Administração, qual seja, o **princípio da legalidade**.

68. Assim sendo, é absolutamente insubsistente a alegação de que algum ente governamental se apropria de recursos do FGTS na sistemática legalmente vigente e, portanto, completamente desprovida de respaldo a alegação de violação ao preceito contido no art. 37, *caput*, da Constituição da República, **argumento que merece ao debate e que se presta apenas como ponto de partida a orquestrar um ambiente propício a desvios demagógicos das questões do bom Direito para a seara vaga e manobrável dos estereótipos simplórios e convenientes.**

VIII. DA REAL DE REPERCUSSÃO DA RATIO DECIDENDI ADOTADA NAS ADI'S Nº 4357, Nº 4372, Nº 4400 E Nº 4425 SOBRE A MATÉRIA CONTROVERTIDA NESTA ADI: A MANUTENÇÃO DO CRITÉRIO DE REMUNERAÇÃO EM VIGOR COMO ELEMENTO ESSENCIAL À EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

69. Ao contrário do sustentado pelo Partido Solidariedade em sua peça inicial, o julgamento proferido nas ADIs nº 4.357, nº 4.372, nº 4.400 e nº 4.425, não causa nenhuma repercussão sobre o índice de remuneração dos saldos do FGTS.

70. Nos precedentes referidos, esse Egrégio Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro, de 2009, e afastou a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, introduzido no § 12 do art. 100 da Constituição¹⁶. Na parte que interessa, a ementa do acórdão está vazada nos seguintes termos:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO

¹⁶ “Art. 100.

[...]”

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.”

ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII).

[...]

5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex-ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).”

71. Ocorre que, como dito anteriormente, a discussão posta na presente ação direta de inconstitucionalidade deve ser travada sem se descurar do caráter dúplice do FGTS, consistente em assegurar um benefício individual ao trabalhador, bem como de ser um importante instrumento de fomento de políticas públicas. **Essa natureza polivalente e transcendental do Fundo impede qualquer comparação entre os regimes jurídicos do FGTS e o julgado referente ao precatório, o qual, conforme consta da própria ementa, versa apenas sobre a preservação do “valor real do crédito de que é titular o cidadão”.** É dizer: a preocupação do precedente é exclusivamente com os interesses individuais dos cidadãos portadores de título judicial contra a Fazenda Pública.

72. Com efeito, o precatório é o instrumento pelo qual o Poder Judiciário requisita, à Fazenda Pública, o pagamento a que esta tenha sido condenada em processo judicial. **Desse modo, fácil perceber que o precatório é um documento representativo de uma simples relação jurídica de débito e crédito, sendo sujeitos dessa relação o Estado (devedor) e o particular (credor).** Tendo em conta a natureza da relação jurídica representada pelo precatório, o Supremo Tribunal Federal entendeu que deveria ser observado o princípio da isonomia, de modo a sujeitar o Estado e o particular, independentemente do polo ocupado na relação creditícia, à mesma disciplina jurídica quanto aos juros moratórios.

73. Assim, os índices de atualização e de juros dos valores dos precatórios deverão ser os mesmos utilizados pela respectiva Fazenda Pública na cobrança de seus créditos. Nesse sentido, o voto do Ministro Luiz Fux, relator do precedente em apreço, quando tratou do tema juros moratórios:

“Sem embargo das diferentes visões sobre o tema, a análise da constitucionalidade do dispositivo requer atenção à tese jurídica encampada pela Corte no julgamento do RE nº 453.740, rel. Min. Gilmar Mendes. Naquela oportunidade, discutia-se a constitucionalidade da antiga redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, que estabelecia que ‘os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano’. O cerne da controvérsia era saber se o aludido patamar de juros violava o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput), na medida em que o Código Civil, ao remeter à legislação tributária, fixa, como regra geral, o percentual de doze por cento ao ano para fins de compensação da mora (ex vi do seu art. 406 c/c art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional). Diante desse cenário, enquanto os devedores em geral se sujeitariam ao Código Civil e ao Código Tributário Nacional, a Administração Pública, quando estivesse em mora perante seus servidores e empregados, estaria obrigada a pagar juros pela metade do percentual codificado, configurando suposto privilégio odioso.

Pois bem. Postas as teses jurídica perante a Corte, prevaleceu o entendimento do relator quanto ao referencial de isonomia que deve presidir as relações entre Estado e particulares. Consoante suas razões, o relevante é investigar a igualdade em cada relação jurídica específica (e.g., tributária, estatutária, processual, contratual etc.), e não a partir de uma dicotomia genérica entre Poder Público/cidadão. Assim é que o Estado e o particular devem estar sujeitos à mesma disciplina em matéria de juros no contexto de uma relação jurídica de igual natureza. Nesse sentido, o STF afirmou a constitucionalidade da limitação de seis por cento ao ano como índice de juros moratórios de verbas devidas a servidores e empregados públicos, desde que reconhecido que a limitação ‘também deverá ser observada pela Fazenda Pública, na cobrança de seus créditos, decorrentes de verbas remuneratórias indevidamente pagas a servidores e empregados públicos, fixando-se juros moratórios em 6% ao ano, de modo que o crédito e o débito tenham tratamento idêntico, entre a Fazenda Pública e seus empregados e servidores, no tocante à fixação de juros moratórios”.

74. A lógica preconizada quanto aos juros de mora deve ser aplicada também no que diz respeito ao índice de correção monetária. Desse modo, deve-se conferir tratamento jurídico isonômico para o credor e o devedor. Como se passa

a demonstrar, é justamente a aplicação desse entendimento que determinará, no caso do FGTS, que seja mantida a remuneração com base na TR.

75. Pois bem, no caso do Fundo, o influxo do princípio da isonomia impõe que o índice de remuneração dos seus saldos seja o mesmo utilizado nos contratos firmados com seus recursos, como ocorre no âmbito do SFH. Referidos contratos, como dito, possuem cláusulas estabelecendo a atualização das prestações com base no índice aplicável aos saldos do FGTS, qual seja, a TR. A relação de isonomia e paridade entre captação e concessão de crédito exige a remuneração com base na TR. É justamente a aplicação de qualquer outro índice que importaria em violação ao princípio isonômico e, por consequência, ao precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos das ADIs nº 4.357, nº 4.372, nº 4.400 e nº 4.425.

76. Em síntese, a declaração de inconstitucionalidade da TR para a remuneração e atualização de precatórios, embora, num primeiro golpe de vista (e de sagacidade), possa aparentemente favorecer o autor da presente ADI, em verdade, quando compreendida a *ratio decidendi* do julgado, vê-se que ela prestigia, no caso do FGTS, justamente a remuneração atual pela TR. E assim é porque o FGTS sempre foi pensado com um caráter dúplice. Desse modo, somente se admitiria a alteração do índice de remuneração dos fundistas na hipótese em que fossem modificados também os índices aplicáveis aos contratos firmados no âmbito do SFH, que justamente remuneram os saldos dos fundos.

77. Daí por que não se pode admitir que, num exercício ponderativo, o princípio constitucional do direito de propriedade prevaleça sob os princípios constitucionais de justiça social vinculados ao Fundo. É preciso buscar a conciliação prática entre os princípios em confronto, sem permitir que uma perspectiva aniquile a outra.

IX. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO ÓBICE AO PLEITO DO AUTOR

78. A declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos ora impugnados, por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, abrirá caminho para

a revisão de todos os contratos de financiamento habitacional firmados entre mutuários e instituições financeiras. Isso porque, como dito, referidos contratos possuem cláusulas estabelecendo a atualização das prestações com base no índice aplicável aos saldos do FGTS.

79. Em geral, tais cláusulas possuem a seguinte redação: “*remuneração dos recursos que sirvam de lastro à sua concessão*” ou “*reajuste do saldo devedor mediante a aplicação de coeficiente de atualização monetária idêntico ao utilizado para o reajustamento dos saldos das contas vinculadas ao FGTS*”.

80. Sendo assim, a substituição da TR pelo IPCA ou outro índice abriria a imediata possibilidade de alteração dos contratos já firmados, prejudicando o cumprimento das obrigações e fragilizando o crédito concedido.

81. Ademais, abrir caminho para a alteração da forma de remuneração dos depósitos do FGTS significaria a quebra da segurança jurídica dos contratos de mútuo habitacional, além de gerar uma provável desestabilização econômico-financeira, com consequências traumáticas para o Sistema Financeiro Nacional e a sociedade como um todo.

82. Além disso, deve ser levado em consideração o fato de ser expressivo o percentual de recursos do Fundo destinados ao financiamento de obras habitacionais, de saneamento e infraestrutura da União, Estados e Municípios, que são, historicamente, os tomadores de recursos mais regulares do FGTS.

83. Determinar a substituição da TR por um índice de preços de maior percentual, ao arrepio do que determinado pelo legislador, e desvinculado do contexto de atuação político-social do Estado, daria ensejo a uma cadeia de consequências que provocariam, em última análise, a ampliação da dívida dos entes federados, tomadores de empréstimos para a realização de projetos sociais de habitação e saneamento básico, em montante superior ao limite previsto pela Lei de Responsabilidade Fiscal, com grave violação às diretrizes fundantes que informam o capítulo da Constituição Federal dedicado à disciplina das finanças públicas.

84. Ante o exposto, é fácil perceber que, caso fosse acolhido o pleito veiculado na presente ação declaratória de inconstitucionalidade, hipótese admitida apenas para argumentar, o princípio da segurança jurídica seria frontalmente ferido, além do que adviriam externalidades fortemente negativas para a economia e a sociedade brasileiras.

X. DA AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA* E OS NEFASTOS EFEITOS DA CONCESSÃO DA CAUTELAR PLEITEADA: A LONGA VIGÊNCIA DAS NORMAS IMPUGNADAS E A INJUSTIFICÁVEL SUSPENSÃO DE SEUS EFEITOS

85. Por fim, quanto ao pedido de cautelar, cumpre salientar que o art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, de 1990, e o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1991, imputados como inconstitucionais nesta ação, **vigem há mais de vinte e três anos, fato suficiente, por si só, para afastar qualquer alegação de *periculum in mora*.**

86. Desse modo, eventual deferimento da medida cautelar pleiteada pelo requerente para suspender a eficácia dos dispositivos legais resultaria em grave insegurança jurídica, e criaria um ambiente de incerteza em torno da questão referente à utilização da TR como índice de remuneração base dos saldos. Eventual concessão de medida cautelar na forma pretendida pela requerente, qual seja, para suspender a eficácia do art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1991, poderia prejudicar o bom andamento das relações contratuais vinculadas ao FGTS, possivelmente com inúmeros questionamentos judiciais acerca tanto da interpretação, quanto da própria validade dos contratos firmados neste período.

87. Para J. J. Gomes Canotilho, a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos poderes públicos, uma vez realizadas “[...] *não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorrerem pressupostos materiais particularmente relevantes*”. Quanto ao segundo, refere-se à “[...] *exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos*”¹⁷.

88. Eventual concessão da medida cautelar para a suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados retiraria a previsibilidade dos negócios jurídicos constituídos durante o período de vigência dos normativos impugnados, **ocasionando incerteza, tanto por parte das instituições financeiras, quanto**

17 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 264.

por parte dos tomadores de empréstimos, acerca dos efeitos jurídicos do texto legal que seria considerado ineficaz.

89. Além disso, o longo transcurso de vigência e de efetiva aplicação do art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1991, desautoriza a concessão da medida cautelar, tendo em vista inexistir no caso o *periculum in mora*, requisito necessário e que tornaria possível, em tese, o deferimento da liminar.

90. Tal afirmação respalda-se em precedentes desse colendo Supremo Tribunal Federal, segundo os quais devem ser indeferidos os pedidos de liminar em ação direta de inconstitucionalidade em razão do longo transcurso de tempo de vigência da norma tida por inconstitucional.¹⁸

91. Em boa verdade, em razão do longo tempo de vigência dos dispositivos legais atacados por esta ação direta, nas circunstâncias presentes, é justamente o julgamento da medida cautelar e a possibilidade de sua concessão que **teria o efeito de trazer insegurança àqueles negócios jurídicos firmados sob a égide do art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1991**, pois os contratos firmados poderiam ser suspensos ou desfeitos. Ou seja, a continuidade do julgamento do pedido cautelar e seu eventual deferimento poderiam trazer resultados maléficos ao sistema financeiro nacional e, conseqüentemente, a toda a sociedade. **Fica caracterizado, assim, o *periculum in mora* reverso, situação que embarga a retomada do julgamento da liminar pleiteada.**

92. Ressalta-se, ademais, que o efeito que se pretende com a medida cautelar, qual seja, a suspensão da eficácia do art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1991, pode perfeitamente ser conseguido no julgamento de mérito da ação direta de inconstitucionalidade, no qual a Corte poderia, de modo definitivo – portanto em ordem a oferecer maior segurança jurídica aos jurisdicionados – inclusive, à luz do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, “*restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*”

18 Nesse sentido, por todos, *vide* STF, Tribunal Pleno, ADI nº 1.923 MC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Rel. p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, j. em 1º.8.2007, DJe-106 de 21.9.2007.

93. Não há motivo, portanto, para que se julgue o pedido de concessão de medida cautelar, quer pelo longo decurso de tempo que a norma tachada de inconstitucional vige, quer pela inutilidade do procedimento, haja vista o julgamento de mérito da ação permite o atingimento do mesmo resultado prático.

XI. PREJUDICIALIDADE DA MEDIDA CAUTELAR. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL NOS AUTOS DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.381.683/PE

94. Ainda no contexto da medida cautelar pretendida pelo partido autor da presente ADI, convém ter presente a concessão de medida em sentido oposto pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no exercício de competência constitucional de defesa da legislação infraconstitucional, conforme previsão contida no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República.

95. Com efeito, nos autos do Recurso Especial (REsp) nº 1.381.683/PE, o ilustre Ministro Benedito Gonçalves, à luz da jurisprudência daquela Corte, considerando as previsões contidas no art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC) e a multiplicidade de ações sobre o tema, determinou que a matéria relativa ao afastamento da “*TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS, a fim de preservar o valor real da moeda*” fosse submetida ao rito do chamado recursos especiais repetitivos, “*a fim de que a controvérsia seja dirimida no âmbito da Primeira Seção do STJ*”¹⁹. Como consequência dessa afetação ao rito uniformizador do recurso especial repetitivo, foi determinada a suspensão do julgamento dos demais recursos especiais relativos à matéria.

96. Posteriormente, em atendimento a pedido formulado pela CEF, no qual foi relatada a existência, naquela data, de mais de 50.000 (cinquenta mil) ações alusivas ao tema nos mais diversos órgãos do Poder Judiciário, houve por bem Sua Excelência, o Ministro Benedito Gonçalves, em ato de bom senso em ordem a revelar compreensão da necessidade de uma decisão uniformizadora sobre a questão, em estender os efeitos da decisão primeira para “*todas ações judiciais, individuais e coletivas, sobre o tema [...] até o final julgamento deste*

19 À Primeira Seção competente apreciar as questões de direito público em geral, conforme art. 9º, § 1º, inciso XIV, do RISTJ. STJ, REsp nº 1.381.683/PE, rel. Min. Benedito Gonçalves, decisão monocrática proferida em 19.2.2014, DJe de 21.2.2014.

processo [o REsp nº 1.381.683/PE] pela Primeira Seção, como representativo da controvérsia, pelo rito do art. 543-C do CPC.”²⁰

97. Ora, é certo que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não poderia vincular o Supremo Tribunal Federal, notadamente no curso de ação objetiva de controle de constitucionalidade. Também não se imagina uma inversão na ordem estabelecida pela hermenêutica constitucional, a fim de estipular que a compreensão constitucional da matéria deve se dar à luz do entendimento que se tenha sobre a legislação infraconstitucional de modo a inverter o critério de interpretação conforme.

98. O que se argumenta, de maneira bastante simples e direta, é que está totalmente prejudicado o pedido de medida cautelar com a pretensão de firmar, à partida, que as normas atacadas seriam inconstitucionais e, por isso, seria imperiosa a concessão de cautelar para, segundo os termos do autor, “*em verdadeiro viés inibitório, para que cesse esta agressão inconstitucional e mensal prejudicial aos trabalhadores beneficiários do Fundo de Garantia*”. Isso porque a medida deferida pelo ilustre Ministro Benedito Gonçalves preserva a tutela dos direitos dos trabalhadores para a hipótese – admitida apenas em razão do princípio da eventualidade – de procedência dos pleitos formulados. Senão, veja-se.

99. Segundo informações colhidas da própria decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, naquela data, a CEF já computava mais de 50.000 (cinquenta) mil ações movidas contra si. Muitas delas, inclusive os autos em que proferida a própria decisão suspensiva (o REsp nº 1.381.683/PE), certamente são ações civis públicas (ACPs), com o propósito de abrigar inúmeros trabalhadores. Segundo informações obtidas do sítio eletrônico da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, ao menos uma dessas ações tem caráter nacional, suficiente para beneficiar todos os trabalhadores, inclusive aqueles que ainda não ajuizaram ações individuais, movida que foi pela Defensoria Pública da União com essa finalidade²¹.

100. Em tais circunstâncias, já não há como falar em *periculum in mora*: o pleito cautelar encontra-se completamente esvaziado ou prejudicado. Todas as decisões proferidas haverão de observar aquilo que for determinado pelo

20 STJ, REsp nº 1.381.683/PE, rel. Min. Benedito Gonçalves, decisão monocrática proferida em 25.2.2014, DJe de 26.2.2014.

21 Refere-se à ACP nº 5008379-42.2014.404.7100/RS, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. No juízo de admissão da referida ACP, o magistrado fez questão de consignar o seguinte: “*é de ser reconhecida a abrangência nacional da presente demanda, sobretudo pela inquestionável proliferação de demandas da espécie já há alguns meses em todo o país.*” Decisão disponível em: <<http://goo.gl/CJW9Xc>>. Acesso em 5.3.2014.

Superior Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 543-C, § 7º, inciso II, e § 8º, do Código de Processo Civil. Ou seja, haverá de se estabelecer uma decisão uniformizadora sobre o tema, sob a perspectiva infraconstitucional. E obviamente o Superior Tribunal de Justiça levará em conta aquilo que for determinado pelo Supremo Tribunal Federal em caráter vinculante, *erga omnes* e definitivo ao final. Enfim, já não haveria nem mesmo o suposto risco de lesão a direito ou a pretensão de direito alegado pelo autor da ADI que justifique, neste momento, a concessão da medida cautelar.

XII. PEDIDOS

101. Conforme assinalado, de forma bastante apropriada, por esse Supremo Tribunal Federal em decisão monocrática já referida, deve-se “*assegurar ao ‘amicus curiae’, mais do que o simples ingresso formal no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a possibilidade de exercer o direito de fazer sustentações orais perante esta Suprema Corte (ADI 2.777-QO/SP e RISTF, art. 131, § 3º) além de dispor da faculdade de submeter, ao Relator da causa, propostas de requisição de informações adicionais, de designação de perito ou comissão de peritos, para que emita parecer sobre questões decorrentes do litígio, de convocação de audiências públicas e, até mesmo, a prerrogativa de recorrer da decisão que tenha denegado o seu pedido de admissão no processo de controle normativo abstrato, como esta Corte tem reiteradamente reconhecido.*”²²

102. Portanto, o Banco Central requer, preliminarmente, a admissão de sua intervenção nos autos desta ADI na qualidade de *amicus curiae*, eis que, como visto, possui legitimação adequada e poderá fornecer subsídios relevantes para o julgamento da causa.

103. Devidamente admitida a intervenção desta Autarquia, na sequência, roga-se a Vossa Excelência que declare a prejudicialidade da medida cautelar, consoante previsão contida no art. 21, inciso IX, do RISTF.

22 STF, Tribunal Pleno, ADI(MC) nº 5.022/RO, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática prolatada em 16.10.2013, DJe de 23.10.2013, grifos do original.

104. Declarada a prejudicialidade da medida cautelar solicitada, que se dê cumprimento ao rito previsto na Lei nº 9.868, de 1999, para a apreciação definitiva da ação direta, sendo, ao final, julgado improcedente o pedido formulado pelo partido autor e **declarada a constitucionalidade do art. 13, caput, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, caput, da Lei nº 8.177, de 1991**, tendo em conta os fundamentos aduzidos nesta petição, que são, em síntese, os seguintes:

- (i) o pedido veiculado na presente ADI afronta o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Constituição da República;
- (ii) o direito de propriedade vinculado ao FGTS exige o atendimento da função social que lhe é legalmente atribuída, que, por sua vez, demanda uma remuneração de base adequada ao atendimento dessas finalidades sociais;
- (iii) a aplicação de qualquer outro índice de remuneração importaria em descumprimento dos preceitos sociais ligados ao Fundo, razão pela qual projeto de lei em sentido próximo ao pretendido nesta ADI mereceu deliberação contrária do Senado Federal;
- (iv) sob outra ótica, não há qualquer violação ao princípio da moralidade, pois a CEF é mero agente operador do FGTS, e os valores que recebe não têm relação com a forma de remuneração do Fundo;
- (v) a aplicação do *ratio* subjacente ao julgamento da ADI nº 4.425 importa na manutenção da remuneração com base na TR, com a finalidade de manter a isonomia na relação entre captação e concessão de créditos vinculados ao SFH; e
- (vi) a procedência do pedido do autor encontra óbice no princípio da segurança jurídica, tendo em vista a repercussão em milhões de contratos firmados no âmbito do SFH.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 11 de março de 2014.

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral do Banco Central

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho
Subprocurador-Geral - OAB/DF 9.393
Câmara de Contencioso Judicial e Execuções Fiscais

Flavio José Roman
Procurador-Chefe - OAB/DF 15.934
Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Fabiano Jantalia Barbosa
Procurador - OAB/DF 22.232
Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

José Augusto Sansoni Soares
Procurador - OAB/MG 112.318
Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

“DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE”
(Ordem de Serviço n.º 4.474, de 1º de julho de 2009, da PGBCB/CC2PG)

Parecer Jurídico 184/2013-BCB/PGBC

Parecer que analisa dispositivos da Medida Provisória nº 615, de 17 de maio de 2013, que dispõe, entre outros assuntos, sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB).

Danilo Takasaki Carvalho
Procurador-Chefe

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer
Procurador-Geral, Substituto

Parecer Jurídico 184/2013-BCB/PGBC Brasília, 29 de maio de 2013.
S/ proc.

Ementa: Consultoria em regulação do sistema financeiro. Medida Provisória nº 615, de 17 de maio de 2013, que dispõe, entre outros assuntos, sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Consulta do Procurador-Geral sobre tópicos que serão objeto de discussão no Congresso Nacional, no bojo da conversão da medida provisória em lei, e que serão objeto de regulamentação infralegal, a ser editada pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil.

Senhor Procurador-Geral,

ASSUNTO

Esta manifestação jurídica visa a apresentar ponderações sobre tópicos, levantados por V. Sa., relativos aos arts. 6º a 14 da Medida Provisória nº 615, de 17 de maio de 2013, que tendem a ser objeto de debates no Congresso Nacional, no trâmite até sua conversão em lei, bem como no Conselho Monetário Nacional (CMN) e no Banco Central do Brasil (BCB), durante a elaboração de sua regulamentação.

2. A referida medida provisória (MP) é o resultado de entendimentos entre o BCB, os Ministérios da Fazenda, das Comunicações e da Justiça e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), e teve como objetivo traçar os contornos gerais da regulamentação que irá disciplinar uma parte relevante do sistema de pagamentos brasileiro (SPB), que tem se desenvolvido no Brasil à margem de qualquer vigilância do Estado e cuja importância tende a crescer nos anos vindouros.

3. Cumpre ressaltar que, nesta Procuradoria-Geral, foi emitido o Parecer Jurídico 191/2012-BCB/PGBC, de 27 de dezembro de 2012 (anexo), no qual se examinou, sob a ótica de sua constitucionalidade e regularidade formal, a minuta de texto normativo que, posteriormente, resultou nos arts. 6º a 14 da MP nº 615, de 2013.

4. Nos parágrafos seguintes, buscar-se-á, em complemento à mencionada análise outrora feita pela Procuradoria-Geral, primeiramente, oferecer o contexto fático e da literatura econômica sobre o tema, necessário para, em segundo momento, compreender o conteúdo dos dispositivos da MP e, em terceiro ato, o enquadramento desse regramento na ordem jurídica vigente.

APRECIÇÃO

I – Contexto fático

5. A título de introdução, pois, mostra-se salutar colher na literatura econômica brasileira e internacional alguns elementos que fornecem o contexto para a necessidade de positivação, no Brasil, das regras presentes nos arts. 6º a 14 da MP nº 615, de 2013.

6. Estudos recentes dos mais importantes bancos centrais e autoridades reguladoras dos sistemas de pagamentos do mundo resultaram na elaboração do documento *Innovations in Retail Payments*¹ pelo *Committee on Payment and Settlement Systems* (CPSS)² e pela *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO)³, que lança luzes e faz recomendações sobre uma parcela dos sistemas de pagamentos que tem se desenvolvido com grande velocidade e, em alguns países, tem alcançado proporções elevadas, relativamente ao tamanho do sistema financeiro e ao volume de ativos nele transacionado.

7. Essa parcela do sistema de pagamentos consiste, fundamentalmente, nos arranjos de pagamentos de varejo, isto é, as entidades e os procedimentos que envolvem a oferta de serviços de pagamento de obrigações e de transferência

1 Tradução livre: Inovações em pagamentos de varejo.

2 Tradução livre: Comitê de Sistemas de Pagamentos e de Compensações.

3 Tradução livre: Organização Internacional de Comissões de Valores Mobiliários.

de valores por meio da utilização de cartões de crédito ou débito, da *internet* e de dispositivos móveis (também conhecidos como *mobile payments*).

8. Conquanto esses arranjos não alcancem, na maioria das ocasiões, importância sistêmica, isto é, relevância capaz de afetar todo o sistema financeiro ou parte significativa dele, percebeu-se nos estudos mencionados acima que suas potenciais fragilidades em matéria de segurança e confiabilidade podem, de alguma forma, afetar o sistema financeiro e a economia, o que é motivo de interesse para a autoridade monetária.⁴

9. Os fundamentos para a regulação desses arranjos de pagamento, dizem os estudos internacionais,⁵ são dois:

- i) **Proteção da confiança dos usuários:** as autoridades reguladoras buscam garantir a segurança desse mercado, já que os serviços de pagamento precisam ser confiáveis, para que sejam aceitos pelas pessoas;
- ii) **Eficiência do mercado:** os mercados de pagamento tendem a formar oligopólios, pois existem incentivos (economia de escala e de escopo) para que poucos arranjos sejam predominantemente utilizados pelas pessoas. Assim, os reguladores têm interesse de fiscalizar as condutas das instituições participantes dos arranjos, evitando que preços abusivos e outras ações anticompetitivas sejam praticados.

10. Esses estudos somam-se às pesquisas efetuadas pelo Banco Central do Brasil sobre a indústria de pagamentos de varejo no país.⁶ Dentre elas, destaca-se o Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos,⁷ elaborado em colaboração com a Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), do Ministério da Fazenda, no

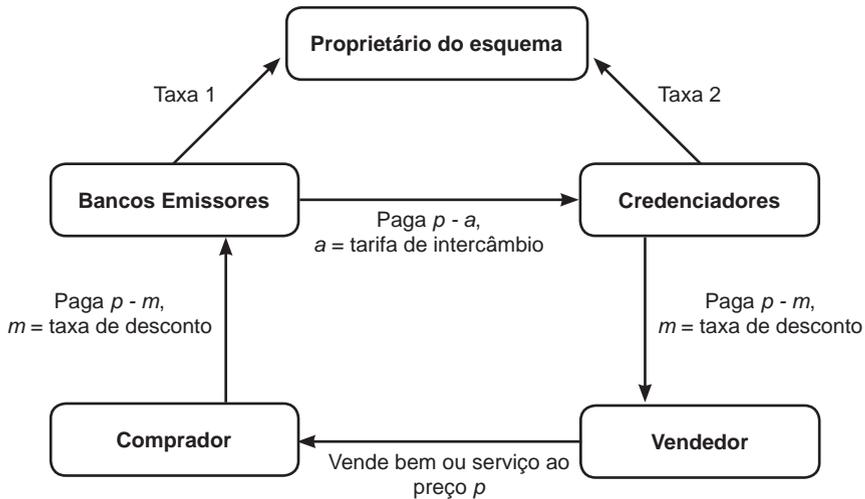
4 Cf. Committee on Payment and Settlement Systems; International Organization of Securities Commissions. **Innovations in Retail Payments**. Basel: Bank for International Settlements, May 2012, p. iii. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/cpss102.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2013.

5 Idem, p. 37.

6 Cf. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Diagnóstico do Sistema de Pagamentos de Varejo do Brasil**. Brasília: Banco Central do Brasil, maio 2005. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/spb/Diagnostico%20do%20Sistema%20de%20Pagamentos%20de%20Varejo%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em 27 maio 2013. Cf. outros estudos em: <<http://www.bcb.gov.br/?SPBINSTPAG>>. Acesso em: 28 maio 2013.

7 BANCO CENTRAL DO BRASIL; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO; SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. Brasília: Banco Central do Brasil, maio 2010. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 27 maio 2013.

qual foi exposta a anatomia do setor de cartões de pagamento, esquematizado na figura abaixo:⁸



11. Nesse relatório foram, pois, identificadas duas partes importantes no mercado de cartões de pagamento, os emissores e os credenciadores. Conquanto os emissores dos cartões sejam, em sua quase totalidade, bancos, os credenciadores, que oferecem a infraestrutura de captura de transações (em outras palavras, as máquinas de cartão), são pessoas jurídicas que se viam, até a edição da MP nº 615, de 2013, à margem da regulação e da supervisão estatal. Percebeu-se, não obstante, que o volume de transações e as características das operações realizadas pelos credenciadores poderiam conduzir a um cenário preocupante, no qual riscos desconhecidos pudessem se acumular nessas entidades e, eventualmente, comprometer o funcionamento da parcela do sistema financeiro que se conectasse mais intimamente a elas.

12. Combinadas, portanto, as impressões dos estudos internacionais com os diagnósticos feitos pelas autoridades brasileiras, concluiu-se que havia chegado o momento para iniciar-se a disciplina geral dessa parcela do sistema de pagamentos que crescia sem a necessária vigilância estatal. E, na medida em

⁸ Idem, p. 23.

que se destinava a criar as condições para o desenvolvimento seguro e eficiente desse mercado, o regramento deveria ser, a um só tempo:

- a) **funcional**, para que abrangesse as atividades pela sua essência econômica e não pelas formas jurídicas, assim podendo acompanhar a evolução natural do mercado; e
- b) **seletiva**, para que a intervenção estatal ocorresse exclusivamente sobre aquelas atividades que a justificassem, seja porque oferecem risco à economia e ao sistema financeiro, seja porque produzem ineficiências econômicas que trazem prejuízos a toda a coletividade.

II – O conteúdo da Medida Provisória nº 615, de 2013 (arts. 6º a 14)

13. Levando em consideração as avaliações referidas acima, buscou-se desenvolver um modelo regulatório sobretudo flexível, para que a presença estatal que passaria a existir nesse mercado pudesse acompanhar a inovação das entidades e dos meios e instrumentos de pagamento, à medida que criassem preocupações do ponto de vista dos principais objetivos regulatórios: segurança e eficiência.

14. Com isso em mente, a arquitetura jurídica vislumbrada seguiu a bem sucedida experiência da Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001,⁹ que dispõe sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro.¹⁰ Portanto, como se verá adiante, à lei ficaram reservadas as normas de competência, as normas objetivo (princípios) a serem seguidas pelos agentes do mercado e pelas autoridades reguladoras e as normas de conduta essenciais, cuja disciplina é reservada à lei. As demais regras de conduta, requisitos de autorização e requerimentos prudenciais, portanto, ficariam reservadas aos órgãos reguladores (principalmente, CMN, BCB e Anatel), cuja proximidade do mercado, que

9 Conversão da MP nº 2.115-16, de 23 de fevereiro de 2001, cujo conteúdo teve origem na MP nº 2.008, de 14 de dezembro de 1999.

10 Essa lei, conquanto inaugurasse, em sede legal, a disciplina do sistema de pagamentos no Brasil, originou-se de preocupações de caráter sistêmico, afetas, portanto, à estabilidade do sistema financeiro. Eis que as destinatárias dos diversos comandos presentes na lei são as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação, entidades que se inserem no sistema financeiro como sua infraestrutura mais fundamental. Não fazem parte do âmbito de aplicação da Lei nº 10.214, de 2001, portanto, os demais componentes do sistema de pagamentos, como os arranjos de pagamentos que se buscou disciplinar nos arts. 6º a 14 da MP nº 615, de 2013.

funciona à base de constante inovação, favorece a utilização do poder normativo de conjuntura.

15. Passando os olhos nos arts. 6º a 14 da MP nº 615, de 2013, pode-se identificar, em linhas gerais, a seguinte categorização normativa, útil para orientar o entendimento do diploma legal:

- a) **âmbito de aplicação:** art. 6º (cláusula de definições);
- b) **normas objetivo:** art. 7º (princípios e objetivos a serem observados pelos agentes desse mercado) e art. 8º (objetivo a ser perseguido pelas autoridades públicas no exercício de suas competências);
- c) **competência normativa e executiva:** art. 9º (BCB, consoante diretrizes fixadas pelo CMN, sem prejuízo das competências do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e das autoridades reguladoras setoriais) e art. 10, *caput* e § 2º, e art. 14;
- d) **regime legal coercitivo:** art. 11 (penalidades previstas na legislação aplicável às instituições financeiras, sem prejuízo das penalidades cabíveis pelas infrações às normas de proteção ao consumidor e à concorrência);
- e) **regime jurídico dos recursos mantidos em contas de pagamento:** art. 12 (qualidades dos recursos frente às disposições do Código Civil, da Lei de Falências e da legislação aplicável à insolvência das instituições de pagamento);
- f) **regras sobre insolvência:** art. 13 (sujeição das instituições de pagamento ao regime de administração especial temporária – RAET, à intervenção e à liquidação extrajudicial, na forma da legislação aplicável às instituições financeiras);
- g) **miscelânea de regras de conduta:** art. 6º, § 2º (vedação à realização de atividades privativas de instituições financeiras) e art. 10, § 1º (responsabilidade administrativa das instituições de pagamento pelos atos praticados por terceiros que tenham sido por ela contratados).

16. No que diz respeito ao âmbito de aplicação das regras dos arts. 6º a 14 da MP, o art. 6º mostra-se fundamental como cláusula de definições, estabelecendo com o intérprete o acordo sobre o significado básico de diversos termos que serão empregados ao longo do texto legal. De maneira funcional, isto é, com

referência à atividade praticada pelos agentes do mercado, fixa-se a definição fundamental: os arranjos e as instituições de pagamento passam a integrar o sistema de pagamentos brasileiro (art. 6º, *caput*). Com isso, fica estabelecido que a disciplina legal desses arranjos e instituições passa a complementar, em coordenação, as normas atinentes às câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação, de que trata a Lei nº 10.214, de 2001.

17. Além disso, o art. 6º oferece duas definições basilares para a compreensão da medida. A primeira, “arranjo de pagamento” (inciso I), tem como elementos centrais o acesso direto dos usuários finais (aqueles que pagam e os que recebem) ao serviço de pagamento e as características de o serviço ser prestado ao público e ser aceito por mais de um recebedor. Para utilizar um exemplo concreto, tomemos o caso de uma pessoa jurídica que desenvolve um sistema no qual, por meio de um telefone celular, qualquer pessoa que instalar um determinado aplicativo pode fazer pagamentos em diferentes fornecedores de produtos e serviços. O sistema desenvolvido por essa pessoa jurídica é, portanto, definido como arranjo de pagamento, para os fins da MP. E essa pessoa jurídica ganha a alcunha de instituidor de arranjo de pagamento.¹¹ Contudo, se esse mesmo sistema é criado para a realização de pagamentos de produtos e serviços comercializados por apenas uma pessoa jurídica, ele escapa à definição. É também o que se depreende do § 3º do art. 6º,¹² cujo objetivo é excluir do âmbito de incidência da MP os denominados cartões de loja, por meio do qual um estabelecimento comercial emite um cartão plástico que serve exclusivamente para a realização de compras a prazo naquele estabelecimento.

18. A segunda definição basilar é a de instituição de pagamento: a pessoa jurídica que adere a um ou mais arranjos de pagamento e pratica, como sua atividade principal ou acessória, alternativa ou cumulativamente, os serviços especificados nas alíneas “a” a “h” do inciso III do art. 6º, sabendo-se que a alínea “h” requer ulterior edição de ato normativo pelo BCB.¹³ É importante perceber que a prática das atividades listadas no inciso III do art. 6º não pode dar-se de tal forma que configure a realização de atividades privativas de instituições

11 Exemplos concretos de instituidores de arranjo de pagamento são as conhecidas “bandeiras” de cartão Visa, MasterCard, HiperCard, entre outras.

12 “§ 3º O conjunto de regras que disciplina o uso de cartão emitido por sociedade empresária destinado à aquisição de bens ou serviços por ela ofertados não se caracteriza como arranjo de pagamento.”

13 “h) outras atividades relacionadas à prestação de serviço de pagamento, designadas pelo Banco Central do Brasil;”

financeiras, isto é, dentre outras e por excelência, a intermediação financeira, classicamente entendida como a transformação de vencimentos (captação de recursos a curto prazo e aplicação a prazos mais longos).

19. Deve-se destacar que o § 4º do art. 6º,¹⁴ somado ao inciso III, alínea “h”, do *caput*, confere às autoridades reguladoras um crucial poder normativo de conjuntura, pois lhes permite alargar ou reduzir, sempre justificadamente, o escopo do arcabouço normativo aplicável aos arranjos de pagamento, conforme os riscos de certas atividades, que venham a se desenvolver no futuro, por exemplo, justifiquem os custos criados pela ação regulatória do Estado.

20. No que tange às normas objetivo presentes no art. 7º, merece comentário o texto do inciso I, sobre a interoperabilidade dentro do arranjo de pagamento e fora dele, isto é, que as regras e procedimentos de um arranjo de pagamento não estabeleçam discriminação entre os instrumentos de pagamento aceitos no arranjo e que esse arranjo não seja discriminatório quanto à utilização de instrumentos de pagamento de outros arranjos. Com isso, busca-se evitar que se formem diversos sistemas “proprietários”, de uso exclusivo de uma bandeira ou sistema, pois essa exclusividade tende a criar ineficiências, ou seja, custos desnecessários para a sociedade. Como exemplo da aplicação desse princípio, recorde-se que, há alguns anos, as credenciadoras de cartões de pagamento possuíam infraestrutura de pagamento (as máquinas) exclusivas de certas bandeiras (Visa, MasterCard etc.), de modo que qualquer estabelecimento empresarial devia firmar contrato de aluguel das máquinas com todos os credenciadores, caso tivesse interesse de aceitar cartões de qualquer bandeira. Após longo processo de negociação entre as autoridades públicas, as bandeiras e as credenciadoras, chegou-se à interoperabilidade que hoje observamos: qualquer máquina aceita qualquer cartão de pagamento.

21. Em referência aos dispositivos que tratam da competência do BCB para, segundo diretrizes fixadas pelo CMN, baixar atos normativos e praticar as ações elencadas nos arts. 9º, 10, *caput* e § 2º, e 14, destaca-se a utilização de técnica legislativa já empregada em leis que atribuíram à Autarquia a competência para supervisionar e disciplinar um mercado, como é o caso da Lei nº 11.795, de 8 de

14 “§ 4º Não são alcançados por esta Medida Provisória os arranjos de pagamento em que o volume, a abrangência e a natureza dos negócios, a serem definidos pelo Banco Central do Brasil, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional, não forem capazes de oferecer risco à economia popular e ao normal funcionamento das transações de pagamentos de varejo.”

outubro de 2008, que dispõe sobre o sistema de consórcio. Também se observa a utilização de semelhante técnica na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, na parte que trata das competências da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A enumeração de atividades passíveis de serem praticadas pelo BCB, ao amparo da MP nº 615, de 2013, recebe influência dos estudos próprios e internacionais mencionados acima e tem por finalidade abranger, da maneira mais completa possível, o conjunto de poderes que uma autoridade reguladora deve ter sobre os agentes desse mercado para bem alcançar suas finalidades.

22. Uma última observação nesse capítulo de análise do conteúdo da MP nº 615, de 2013, diz respeito ao regime legal coercitivo aplicável, por referência, às infrações praticadas pelas instituições de pagamento e os instituidores de arranjos de pagamento, seus administradores e membros de seus órgãos estatutários ou contratuais (art. 11).¹⁵ Em se tratando de regra veiculada por intermédio de medida provisória, é razoável interpretar o disposto no art. 11 restritivamente às penalidades de **natureza administrativa** previstas na legislação aplicável às instituições financeiras, uma vez que as penalidades de natureza penal eventualmente aplicáveis às instituições financeiras e seus administradores não poderiam ser objeto de instrumento legislativo da espécie, em razão de expressa vedação constitucional (art. 62, § 1º, I, “b”).¹⁶

III – Aspectos formais da Medida Provisória nº 615, de 2013 (arts. 6º a 14)

23. Uma vez visitada a literatura econômica sobre o tema e analisados os aspectos centrais de conteúdo das regras dos arts. 6º a 14 da MP, mostra-se conveniente discorrer sobre aspectos formais da proposição, em complemento ao entendimento já fixado no Parecer 191/2012-BCB/PGBC, mencionado acima.

15 “Art. 11. As infrações a esta Medida Provisória e às diretrizes e normas estabelecidas respectivamente pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil sujeitam a instituição de pagamento e o instituidor de arranjo de pagamento, seus administradores e membros de seus órgãos estatutários ou contratuais às penalidades previstas na legislação aplicável às instituições financeiras.

Parágrafo único. O disposto no caput não afasta a aplicação, pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, das penalidades cabíveis por violação das normas de proteção do consumidor e de defesa da concorrência.”

16 “Art. 62. [...]

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a: [...]

b) direito penal, processual penal e processual civil;”

24. Primeiramente, conforme já ressaltado no Parecer 191, de 2012, o Estado brasileiro, por meio da MP nº 615, de 2013, está alcançando parcela do mercado que, de outra forma, estaria se desenvolvendo à margem da regulamentação, mas não sem o risco de produzir efeitos adversos para o sistema financeiro nacional. Esse entendimento jurídico fora fixado nesta Procuradoria-Geral por meio do Parecer PGBC-39, de 17 de fevereiro de 2010,¹⁷ no qual se concluiu que a Lei nº 10.214, de 2001, conquanto dispusesse sobre o sistema de pagamentos brasileiro, não conferia embasamento legal suficiente para a regulação da indústria de cartões de pagamento, na forma descrita no Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos, referido acima (parágrafo 10), mas apenas das câmaras e prestadores de serviços de compensação e de liquidação.

25. Ora, sendo parcela do sistema de pagamentos brasileiro (SPB), esse mercado de pagamentos de varejo não poderia ser inserido na ordem jurídica pátria de maneira diferente da que foi utilizada para as câmaras e prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do SPB. Naquele caso, assim como neste, foi utilizada a medida provisória, pois a matéria deve ser disciplinada por lei ordinária. Não se deve confundir, pois, a disciplina da **estrutura do sistema financeiro nacional**, essa reservada à lei complementar, na forma do art. 192 da Constituição,¹⁸ com a das **infraestruturas dos mercados financeiros**, objeto da Lei nº 10.214, de 2001, e da MP nº 615, de 2013. Nesse ponto, é válido reproduzir trecho do Parecer 191, de 2012, que se debruça sobre essa distinção:

9. Consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ilustrada pela ADI 2.591/DF¹⁹, “*a exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro.*” A seguinte passagem, colhida do voto proferido pelo Min. EROS GRAU, não deixa dúvidas a esse respeito:

17 Da lavra do procurador Lucas Alves Freire, com despachos da coordenadora-geral Juliana Bortolini Bolzani e do subprocurador-geral Cristiano de Oliveira Lopes Cozer.

18 “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

19 “Relator o Min. CARLOS VELLOSO, relator para o acórdão o Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481.” [Nota de rodapé presente no original.]

“Não há dúvida, de outra parte, quanto à circunstância de a exigência de lei complementar veiculada pelo artigo 192 da Constituição abranger apenas o quanto respeite à regulamentação – permito-me exorcizar o vocábulo ‘regulação’, em razão do tanto de ambiguidade que enseja – regulamentação, dizia, da estrutura do sistema. O sistema haveria de estar a serviço da promoção do desenvolvimento equilibrado do País e dos interesses da coletividade – diz o preceito – e, para tanto, a Constituição impõe sua regulamentação por lei complementar. Mas apenas isso.” (Sem grifos no original)

10. A meu ver, a delimitação das atribuições do Banco Central do Brasil relativamente aos arranjos de pagamento do Sistema de Pagamentos Brasileiro diz respeito à *infraestrutura* do Sistema Financeiro Nacional, não a sua *estrutura*. Explico.

11. Por *estrutura* há de se compreender a disposição e a ordenação dos diferentes elementos dentro do sistema, abrangendo (i) a definição dos órgãos e das entidades que compõem o sistema financeiro nacional, (ii) o papel desempenhado por cada um deles no bojo do sistema e (iii) o modo pelo qual se relacionam. Já a *infraestrutura* abrange o conjunto de elementos interconectados capazes de prover ao sistema financeiro o substrato necessário a seu regular e eficiente funcionamento. Fixadas essas premissas, fica simples perceber que o Sistema de Pagamentos Brasileiro – o qual compreenderá os arranjos de pagamento –, ao municiar os agentes econômicos com os meios indispensáveis à conclusão de transações, integra a *infraestrutura* do Sistema Financeiro Nacional. [Grifos no original.]

26. Some-se a essa distinção entre a estrutura do sistema financeiro e as infraestruturas dos mercados financeiros o fato de que as instituições de pagamento não se confundem com as instituições financeiras, sendo-lhes, por esse motivo, vedada a prática de atividades privativas de tais entidades, conforme estabelecido no art. 6º, § 2º, da MP.

27. Em outro aspecto formal da MP nº 615, de 2013, consistente na satisfação dos requisitos constitucionais de relevância e urgência (art. 62, *caput*, da Constituição),²⁰ cumpre acrescentar que, além dos elementos presentes na

²⁰ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”

exposição de motivos da MP, também se entende crucial e imperiosa a edição de texto normativo de força legal imediata porque não poderiam o BCB, o CMN, o Ministério das Comunicações e a Anatel legitimamente trabalhar no necessário regramento dos arranjos e das instituições de pagamento sem os marcos legais de sua competência e sem a clara e segura sinalização aos agentes desse mercado de que o Poder Público passaria a estabelecer regras para seu funcionamento e fiscalizar o cumprimento desses parâmetros.

28. Além disso, como visto acima, a regulação de um mercado no qual a inovação é crucial, pois acompanha a vanguarda do desenvolvimento tecnológico na área da comunicação, precisa ter flexibilidade e agilidade para manter-se atualizado, de modo que a fundação do sistema regulatório em sede legal precisaria ser colocada em vigor também com rapidez, sob pena de ficar defasada e, assim, colocar em risco a política pública almejada para o setor.

CONCLUSÃO

29. Ante o exposto, conclui-se que os arts. 6º a 14 da Medida Provisória nº 615, de 2013, corporificam a estrutura basilar da política regulatória que será implantada sobre o setor de arranjos de pagamento e estão em linha com os mais recentes desenvolvimentos na literatura econômica internacional e nacional sobre o assunto.

30. Ademais, após exame do conteúdo das disposições da MP, pode-se concluir que o texto positivado respeita a Constituição da República, no que diz respeito aos requisitos formais para a edição de medida provisória, pois não dispõe sobre matéria reservada à lei complementar e está informado por elementos de fato que demonstram a urgência e relevância da adoção da medida.

À consideração de Vossa Senhoria.

Danilo Takasaki Carvalho

Procurador-Chefe

Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (Conor)

De acordo.

Dirijam-se cópias da presente manifestação aos Diretores de Política Monetária, de Regulação e de Relacionamento Institucional e Cidadania, bem como ao Assessor Parlamentar, para conhecimento.

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Procurador-Geral, Substituto

Parecer Jurídico 139/2014-BCB/PGBC

Parecer que analisa o interesse do Banco Central do Brasil em atuar na condição de *amicus curiae* em Recurso Especial representativo de controvérsia multitudinária sobre a natureza dos sistemas de 'score' de crédito e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor.

Marcio Vidal de Campos Valadares

Procurador

Flavio José Roman

Subprocurador-Geral, substituto

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral

Parecer Jurídico 139/2014-BCB/PGBC
PE 62280

Brasília, 25 de abril de 2014.

Ementa: Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial nº 1.419.697-RS. Recorrente: Boa Vista Serviços S.A. Recorrido: Anderson Guilherme Prado Soares. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Recurso representativo de controvérsia multitudinária sobre a “natureza dos sistemas de ‘score’ e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor (CPC) capaz de gerar indenização por dano moral” submetido à Segunda Seção do STJ, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil e do art. 2º da Resolução nº 8, de 7 de agosto de 2008, do STJ. Deferimento do ingresso do Banco Central no feito como amicus curiae. Manifestação jurídica. “Scoring” e custo do crédito: controle de inadimplência e pagamento via cadastros negativos e positivos; redução de custos de transação e, por via de consequência, fomento à concorrência. Controle do superendividamento. Transferência do risco de operações contratadas no comércio para instituições financeiras. Viabilidade jurídica e conveniência do tratamento estatístico de dados já reunidos em cadastros em ordem a aprimorar o regime de concessão de crédito no País.

Senhor Subprocurador-Geral,

ASSUNTO

Trata-se de expediente enviado ao Procurador-Geral do Banco Central do Brasil pelo Diretor Jurídico do Serasa S.A. e pelo Diretor Jurídico e de Relações Institucionais da Boa Vista Serviços S.A. A carta refere-se aos ofícios de Classificação de Risco de Crédito, *Concentre Scoring*, *Credit Scoring* e similares,

objeto da atividade econômica a que se dedicam aquelas sociedades empresárias. Após noticiar o ajuizamento de ações judiciais nas quais se questionam essas ocupações e se pleiteiam danos morais em decorrência do seu exercício, os remetentes apontam que o Recurso Especial nº 1.419.697/RS, no qual o tema é debatido, foi admitido como repetitivo pelo i. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Solicitam, então, que o Banco Central analise a possibilidade de vir a integrar a lide na condição de *amicus curiae* e contribuir para demonstrar a relevância da análise de risco de crédito para o mercado financeiro.

2. A missiva enviada pelos representantes de Serasa S.A. e Boa Vista Serviços S.A. faz-se acompanhar por pareceres de dois destacados juristas, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ilustre ministro aposentado do STJ, e Nelson Nery Júnior, catedrático de direito civil e processual civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), bem como por relatório técnico produzido pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e firmado pelos professores Abraham Laredo Sicsu e João Carlos Douat, da Escola de Administração de Empresas de São Paulo (EASP/FGV). Todos eles debruçam-se sobre a apreciação da atividade de análise de risco de crédito e seus aspectos jurídicos, especialmente aqueles relacionados à aplicação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), e à ocorrência de dano moral decorrente da avaliação de risco em casos concretos.

3. Em seu estudo acerca da matéria, Ruy Rosado de Aguiar Júnior aponta que bancos de dados são alimentados por elementos identificadores (CPF, RG etc.), dados de inadimplência e dados com informações de adimplemento. Ele afirma que o procedimento para a análise de risco pode levar em conta esses subsídios, já reunidos em cadastros formados nos termos da Lei nº 8.078, de 1990 – que disciplina os requisitos para a formação de cadastro negativo –, da Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011 – que disciplina a formação de cadastro positivo, com informações sobre adimplementos –, e das Resoluções nº 3.658, de 17 de dezembro de 2008, e nº 4.172, de 20 de dezembro de 2012, ambas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). A circunstância de a análise do risco aproveitar-se de elementos anteriormente reunidos em cadastros de dados é destacada como relevante, porque indica que as informações utilizadas foram reunidas em procedimentos preocupados com a tutela dos consumidores. É que

as normas citadas impõem – em nível legal e infralegal – a ciência e informação dos consumidores sobre os dados constantes dos cadastros.

4. De acordo com o Ministro aposentado do STJ, a lei institucionalizou a formação de histórico de crédito com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo e de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro, conforme se vê da leitura dos artigos 1º, 2º, I, e 5º, IV, todos da Lei nº 12.414, de 2011¹.

5. Em suma, segundo o parecerista, a elaboração da análise de risco e do seu resultado em nada ofende o titular dos dados considerados, pois, tanto no caso do cadastro positivo, quanto no caso do Sistema de Informações de Créditos (SCR), regulamentado pela Resolução CMN nº 3.658, de 2008, os consumidores são protegidos por previsões normativas que demandam a sua ciência prévia da inscrição e informação sobre os dados anotados.

6. Essas são algumas das razões que o levam à conclusão pela licitude da formação de banco de dados com informações sobre inadimplemento e adimplemento quando atendidas exigências de proibição de anotação de informações sensíveis, de notificação do inadimplente e autorização do cadastrado adimplente, mediante consentimento informado.

7. Para Aguiar Júnior, os fatos da vida privada podem ser levados ao conhecimento de terceiros, nos termos da lei e do consentimento do interessado, sem que tal importe violação à proteção à dignidade da pessoa humana, à intimidade e à privacidade. Por isso, a avaliação do risco do crédito pode se utilizar de informações fornecidas por bancos de dados. Para o jurista, tal é especialmente relevante nos dias de hoje, em que a relação de consumo não mais acontece entre fornecedor e consumidor, mas entre fornecedor, banco e consumidor. Ele destaca, ainda, o papel do banco de dados positivo como instrumento eficaz para evitar ou diminuir o superendividamento, finalidade também relacionada ao uso do score com dados legitimamente registrados.

1 “Art. 1º. Esta Lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor. [...] Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - banco de dados: conjunto de dados relativo a pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro [...] Art. 5º São direitos do cadastrado: [...] IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial”.

8. Por sua vez, Nelson Nery Junior trata de distinguir cadastros e bancos de dados do serviço de *avaliação de risco*. Enquanto os cadastros e bancos de dados a que se refere o art. 43 da Lei nº 8.078, de 1990, são formados por dados e informações pretéritas e perenes dos consumidores, o *rating* é um resultado estatístico produzido para determinada conjuntura, sendo uma de suas características mais marcantes a fluidez. O *credit scoring* é uma ferramenta probabilística que se desenvolve a partir das circunstâncias do caso concreto para qualificar o risco de crédito de determinada operação. No dizer do professor titular da PUC-SP, o *score* não é um registro pessoal em nome do consumidor, mas uma posição do consumidor inserido em um determinado grupo de pessoas dentro de um modelo estatístico gerado pela combinação de informações integradas individuais e coletivas.

9. Nery Junior aponta, ainda, que o *rating* não é um elemento vinculativo da análise sobre a concessão do crédito: o concedente de crédito não está vinculado à avaliação de risco para decidir sobre a concessão, sendo sua decisão empresarial pautada de acordo com sua política de crédito, seus critérios e sua disposição para nível de risco com que deseja operar. Como o Código Civil brasileiro, em seu art. 403, adota a teoria do dano direto², não se configura nexo de causalidade entre a existência do *score* e eventual dano moral sofrido pelo consumidor.

10. Lembra, ademais, que não há um direito subjetivo público, abstrato e incondicional ao crédito a que possa se remeter a tutela dos consumidores. Ao contrário, a prevenção na concessão de crédito opera tanto em favor do concedente quanto do tomador, o destinatário do serviço. Nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012, busca incluir como direito básico do consumidor a garantia de crédito responsável, por meio de alteração do art. 6º da Lei nº 8.078, de 1990.

11. Por fim, o Relatório Técnico assinado pelos professores Abraham Laredo Sicsu e João Carlos Douat, da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EASP/FGV), esclarece que os modelos de *credit scoring* têm por objetivo quantificar o risco de crédito, entendido como a probabilidade de perda de crédito ou *default*. Os acadêmicos indicam

2 “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (sem grifos no original).

que proteção semelhante há muito é utilizada pelas seguradoras, que calculam prêmios em função do perfil de risco do cliente. O relatório apresenta detalhes acerca de como é aferida a probabilidade de *default*, ressaltando que a análise de risco por meios economicamente viáveis é fundamental para o mercado de crédito e, em consequência, para o funcionamento da economia.

12. Após avaliação preliminar do caso, a Procuradoria-Geral do Banco Central peticionou nos autos do recurso especial referido ao início para pugnar o seu ingresso na condição de *amicus curiae*, com amparo no art. 543-C, § 3º, do Código de Processo Civil. O pleito foi deferido pelo ilustre ministro relator, razão pela qual se faz necessária a apreciação da matéria, com atenção ao prazo previsto no art. 3º, inciso I, da Resolução nº 8, de 2008, do STJ³.

13. Feito o relatório, os parágrafos abaixo dedicam-se à apreciação do tema à luz de aspectos jurídicos relacionados à regulação financeira. O objeto da investigação delimita-se à possibilidade de uso pelas sociedades dedicadas ao *credit scoring* de dados anotados em cadastros positivos e negativos de crédito.

APRECIÇÃO

14. Além dos mecanismos de proteção estabelecidos na Lei nº 8.078, de 1990, há outras medidas capazes de contribuir para o bem estar dos consumidores. No que se refere à oferta de crédito, políticas voltadas à redução do custo da tomada de empréstimos⁴ e iniciativas tendentes a evitar o superendividamento dos clientes de instituições financeiras e compradores de bens e serviços são preocupações caras a qualquer debate que não se pretenda resolver por simplificações exageradas e distantes da realidade. Por que essas duas questões são relevantes, inclusive para o direito, e qual a relação existente entre elas e a avaliação de risco, é do que trataremos nos tópicos I, II e III, abaixo.

15. A seção IV, a seu turno, procurará demonstrar que o *score* de crédito pode importar para o sistema financeiro mesmo se for contratado por sociedades empresárias que não são instituições financeiras.

3 O mandado de intimação pessoal foi juntado aos autos do recurso especial referido no dia 11 de abril de 2014, sexta-feira, razão pela qual o prazo de 15 (quinze) dias se encerra no dia 28 de abril de 2014.

4 Ao longo do texto, utilizarei as expressões empréstimo e financiamento como equivalentes.

I - Custo do crédito e avaliação de risco: controle de inadimplência.

16. A diminuição do preço do crédito é especialmente significativa quando o alcance de direitos depende do consumo, o que ocorre cotidianamente em nossa sociedade. Da alimentação à moradia, nem sempre os bens e serviços necessários à fruição de direitos são simplesmente colocados à disposição dos seus titulares. A aquisição de diferentes produtos – desde a compra de alimentos ao projeto de aquisição da casa própria – costuma depender do consumo e ser influenciada, direta ou indiretamente, pela oferta de crédito⁵.

17. Wolfgang Streeck⁶ observou que a facilitação do endividamento privado tem sido empregue por diversos países como estratégia para o atendimento de demandas sociais. Iniciativas como essa não são estranhas à experiência brasileira. Por exemplo, a positivação da operação de securitização, com a edição da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 – sucedida por diversos atos normativos infralegais que lhe ampliaram o escopo para além dos financiamentos imobiliários –, foi uma tentativa de tornar a compra de imóveis menos dependente do direcionamento de recursos fiscais ou parafiscais, como os que formam o FGTS, para a oferta de crédito. A novidade esteve inspirada pela possibilidade de fazer a intermediação financeira mais eficiente, o que possibilitaria a redução das taxas de juros cobradas dos clientes bancários. Em síntese, o objetivo da novidade legal, como de tantas outras, foi permitir que o Estado deixasse de captar e investir recursos para atender ao direito à moradia.

18. As circunstâncias de o consumo importar para a fruição de direitos e de ele ser uma função do custo do crédito levam-nos a constatar que a redução do preço dos empréstimos opera em favor dos consumidores.

19. No caso das instituições financeiras, o custo do crédito é o resultado da soma do custo de captação com o chamado *spread* bancário. Essa segunda parcela

5 O crédito é importante, diretamente, para o consumo a prazo e, indiretamente, para o consumo à vista, quando o produtor/fornecedor dos bens e serviços toma empréstimo para financiar sua atividade produtiva, caso em que, invariavelmente, inclui o custo de seu financiamento nos preços dos produtos que oferece. Mesmo a fruição de direitos básicos pode depender do custo do crédito: um padeiro que financie a compra de equipamentos para sua cozinha embutirá no preço do pão que vende o custo do empréstimo que tomou, de modo que o preço do pão será diretamente proporcional ao custo do crédito. Essas ideias são desenvolvidas por Marcus Faro de CASTRO em *New Legal Approaches to Policy Reform in Brazil* (Prepared for the Law and Society Association (LSA) 2013 Annual Meeting – held in Boston, Massachusetts – May 30 – June 2, 2013. Session: Brazil: Development and Regulation). Forthcoming, *University of Brasília Law Journal*, 2013. Disponível em <<http://goo.gl/cfVXrf>>. Acesso em 17 de março de 2014. Especialmente, pp. 21-22.

6 STREECK, Wolfgang. The Crises of Democratic Capitalism. *New Left Review* 71. Sept-Oct 2011. Disponível em <<http://goo.gl/JgE46>>. Acesso em 25 de abril de 2014.

é composta por custos administrativos, tributos, outras despesas dos bancos, margem líquida e, o que ora nos interessa, expectativas quanto à inadimplência.

20. Segundo relatório do Banco Central do Brasil, os *defaults* respondem por significativa parcela dos *spreads* bancários verificados no País⁷. É que, como lembra Otávio Yazbek, se parte da diferença entre o custo de captação dos bancos e as taxas finais cobradas do tomador de crédito decorre das expectativas de inadimplementos, o acesso ao crédito pode ser facilitado – com a redução dos *spreads* – por medidas que reduzam o não pagamento de obrigações⁸.

21. Nesse sentido, os cadastros de crédito destacam-se como ferramenta capital para a calibragem precisa das taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras. Baseados em evidências empíricas, Japelli e Pagano apontam quatro tipos de benefícios passíveis de serem gerados por eles. Em primeiro lugar, está a melhoria do conhecimento dos bancos sobre as características dos candidatos a tomar crédito, permitindo-lhes fazer avaliação acurada da probabilidade de quitação. Em segundo lugar, os cadastros negativos podem fazer com que os tomadores de crédito com bons registros consigam melhores taxas. Em terceiro lugar, os cadastros funcionam como um mecanismo de disciplina, incentivando os tomadores de crédito a pagar os empréstimos, dado o custo de ver seu nome eventualmente incluído naquelas listas. Em quarto lugar, eliminam incentivos para que os tomadores de crédito endividem-se demasiadamente, contratando diversos empréstimos simultaneamente sem o informar às contrapartes⁹.

22. Nesse sentido, o registro de informações sobre adimplência e inadimplência permite que as taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras sejam precisamente adequadas à exposição a risco, fazendo com que aqueles com histórico favorável obtenham melhores condições contratuais. Permite-se, assim, a influência do princípio da isonomia, em sentido material, no tratamento dispensado aos mutuários.

7 BRASIL. Banco Central do Brasil. Relatório de Economia Bancária e Crédito, 2011. Disponível em <<http://goo.gl/sNnr>>. Acesso em 6 de setembro de 2013. Veja-se, especialmente, Tabela 5, p. 15. Observe-se que a decomposição do *spread* ali encontrada diz respeito apenas ao segmento dos clientes preferenciais – com baixo risco de inadimplência.

8 YAZBEK, Otávio. O risco de crédito e os novos instrumentos financeiros – uma análise funcional. *Contratos Bancários*. Marcos Rolim Fernandes Fontes e Ivo Waisberg (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 309-337, p. 314. Veja-se, ainda, Abrão, para quem “a existência de um cadastro não é perniciosa, mas indispensável à consultação e às implicações do crédito numa sociedade moderna”. ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 438.

9 Role and Effects of Credit Information Sharing. Centre for Studies in Economics and Finance. *Working Paper* nº 136. Abril 2005. Disponível em <<http://goo.gl/iETKj7>>. Acesso em 5 de setembro de 2013. p. 26.

23. Ocorre que a contribuição a ser dada pelos cadastros seria pequena ou inexistente, caso os dados deles constantes não pudessem ser analisados e tratados segundo parâmetros objetivos e economicamente viáveis. Diminuta seria a relevância de um cadastro cujos dados não pudessem ser acessados com emprego de técnicas adequadas para a sua análise. Dada a extensão desses registros, que podem abarcar informações variadas sobre virtualmente milhões de pessoas, o uso da ferramentas estatísticas niveladas ao estado da arte na matéria é o que permite, de fato, a operação do cadastro.

24. É certo que defender o funcionamento dos cadastros livre de qualquer regulação (exigência) seria deixar de reconhecer eventuais agruras para os consumidores que poderiam decorrer de sua operação, em desatenção a comandos constitucionais e legais que impõem cuidados especiais aos destinatários finais de bens e serviços e àqueles a eles equiparados.

25. Esse cenário não se verifica no Brasil. Entre nós, os cadastros positivos e negativos submetem-se a diversas exigências preocupadas com a tutela das partes vulneráveis da relação de consumo. Entre outros limites, a consulta a dados deles constantes depende de autorização do cliente, no caso do cadastro positivo (art. 4º da Lei nº 12.414, de 2011, e art. 3º da Resolução CMN nº 4.172, de 20 de dezembro de 2012), e a anotação em cadastro negativo deve ser notificada ao consumidor (art. 43, §2º da Lei nº 8.078, de 1990, e Enunciado nº 359 da Súmula de Jurisprudência do STJ).

26. Respeitados os comandos legais pertinentes, o uso e o tratamento dos dados de cadastros com o intuito de avaliar perfis de risco é medida adequada ao ordenamento jurídico em vigor. E, sob a ótica regulatória, é postura desejável. Ou mais do que isso: é comportamento a ser exigido pelo regulador. De acordo com a literatura especializada, as operações praticadas no sistema financeiro ou criam ou alocam risco de crédito¹⁰. E os reguladores e supervisores devem atentar à medição desse risco e à identificação dos agentes que o assumem, de maneira a prevenir exposições excessivas que possam comprometer a estabilidade financeira. Que as instituições financeiras concedam crédito sem se preocupar com o risco em que incorrem, isso vai de encontro aos objetivos da regulação.

10 BENJAMIN, Joanna. *Financial Law*. Oxford University Press, New York, 2007, pp. 14-16.

27. Em contexto no qual se reconhece a importância da tutela dos consumidores por meio do estabelecimento de exigências legais para o uso das informações sobre suas operações financeiras e o emprego desses dados atende a normas cujo objetivo é a tutela dos consumidores, o estabelecimento de novas regulações (determinações) deve observar, ao menos, dois parâmetros.

28. Inicialmente, a criação de imposição inédita ao uso de dados constantes dos cadastros deve ser capaz de aumentar a proteção dos consumidores. Esse não parece ser o caso da exigência de notificação a respeito do uso de dados constantes de cadastros para formação de *score* de crédito. É que a anotação das informações já foi comunicada uma vez ao consumidor e **a possibilidade de utilização dos dados registrados é uma decorrência lógica de seu registro em cadastro que se destina precisamente à consulta por determinados agentes econômicos**. Exigir que o consumidor seja novamente notificado a respeito do uso de informação cujo registro já lhe foi comunicado parece redundante, uma vez que a proteção pela ciência de um fato não varia em grau de intensidade, como se alguém pudesse ser mais ciente sobre ele se comunicado pela segunda vez. Fosse isso admitido, duas comunicações poderiam, também, ser consideradas insuficientes. Nesse caso, ao invés de fornecer orientações seguras para a interação entre as pessoas, o direito daria ensejo a um debate sem fim.

29. Secundariamente, é recomendável que a criação de exigências não prejudique ou impeça o funcionamento de mecanismos capazes de reduzir as taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras, o que não pode interessar aos consumidores, exceto quando isso seja indispensável à tutela da parte vulnerável em relações de consumo. Novamente, esse não parece ser o caso da dupla notificação referida no parágrafo anterior.

30. Por fim, é de se destacar que o fornecimento de informações constantes de cadastros de devedores inadimplentes a entidades de proteção ao crédito não constitui violação do dever de sigilo, nos termos do art. 1º, § 3º, II, da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001¹¹.

31. Em síntese, respeitadas as exigências legais relativas a autorização ou notificação dos consumidores, a não anotação de dados sensíveis, entre

11 “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. [...] § 3º Não constitui violação do dever de sigilo: [...] II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil”.

outras, o uso e o tratamento de informações anotadas em cadastros positivos e negativos de crédito não encontra óbice no ordenamento jurídico. Ao contrário, na medida em que contribui para a calibragem mais precisa das taxas cobradas pelo fornecimento de crédito, a utilização daqueles elementos favorece os consumidores e possui repercussão jurídica digna de atenção.

II - Custo do crédito e avaliação de risco: redução de custos de transação e fomento à competitividade.

32. O negócio das instituições financeiras é assumir risco de crédito mediante remuneração¹². Como especialistas que são, elas não podem prescindir da avaliação dos tomadores de crédito. Caso contrário, não terão como calcular o risco em que incorrerão.

33. Se é certo que elas avaliarão a probabilidade de os seus clientes quitarem as dívidas assumidas, abrem-se duas possibilidades para que tal seja feito: a realização de avaliação internamente, *i.e.*, pela própria instituição financeira, ou a contratação de sociedade especializada nessa tarefa.

34. No primeiro caso, cada instituição financeira deverá contratar empregados, elaborar ou adquirir ferramental adequado ao *score*, além de arcar com outros custos que possam decorrer dessa atividade. Na segunda hipótese, algumas empresas poderão dedicar-se apenas ao ofício de avaliação de risco e oferecer seus serviços a diversas instituições financeiras. Isso importa na redução de custos: a elaboração ou compra de modelos para análise da probabilidade de adimplência será uma só, ao contrário do que ocorre quando as próprias instituições financeiras a realizam, caso em que cada uma delas deve incorrer nesses mesmos gastos; a especialização, em geral, leva a maior produtividade, pelo que se pode supor que, com recursos iguais, especialistas produzem mais do que generalistas. Por outras palavras, com menos gastos com elaboração, execução e cumprimento de negócios de diversas espécies – de acordos de locação a contratos trabalhistas, passando por tratos para a aquisição de equipamentos – e maior produtividade, a atividade de *rating* seria menos custosa, o que, em última análise, possibilitaria a redução das taxas de juros cobradas dos consumidores.

12 BENJAMIN, *Op. cit.*, p. 14.

35. Outra consequência diretamente relacionada à redução dos custos na avaliação é o fomento à concorrência. Com efeito, inviabilizada a contratação de empresas especializadas na avaliação de risco de crédito, permanece apenas a possibilidade de sua avaliação diretamente pela concedente do crédito. Nessas condições, é indisputável que as empresas devem avaliar criteriosamente os riscos da operação. Para o desempenho desse dever de responsabilidade empresarial, elas deverão internalizar os gastos com contratação de empregados especializados em técnicas de *score*, desenvolvimento de expertise sobre o tema etc. Em consequência, aumentarão os custos fixos do negócio de intermediação financeira, com majoração das chamadas barreiras à entrada no mercado de crédito. Afinal, toda empresa interessada no negócio de oferta de crédito deverá necessariamente internalizar os custos referidos. Daí se conclui que as empresas especializadas na atividade *rating* contribuem para a concorrência no sistema financeiro, pois que reduzem custos fixos para ingresso na atividade de intermediação financeira, em ordem a tornar mais contestáveis posições dominantes no mercado de crédito.

36. O objeto do julgamento, afinal, relaciona-se a mecanismos de informação e transparência que interessam diretamente ao nível de concorrência no âmbito do sistema financeiro, pois permitem que todos os agentes de mercado, independentemente de suas dimensões ou poderio econômico, tenham acesso aos serviços especializados de avaliação de risco, colocando-os, nesse particular, em pé de igualdade, com conseqüente proveito para a concorrência e para a clientela bancária.

III - Superendividamento e avaliação de risco.

37. Nos dias de hoje, a punição de uma pessoa pela simples recusa a oferta de crédito soa anacrônica, em face da lembrança ainda viva da recente crise financeira iniciada no mercado imobiliário norte-americano. Um dos fatores que contribuíram para a quebra do sistema financeiro de diversos países foi o superendividamento dos clientes bancários. Nos anos que antecederam o colapso nos EUA, financiamentos eram concedidos aos *NINJAs*, acrônimo para *No Income, No Jobs, No Assets* (sem renda, sem emprego, sem patrimônio). Das calçadas do Reino Unido, era possível ver cartazes nas agências do Royal Bank

of Scotland anunciando que 9 em cada 10 candidatos a hipotecas tornavam-se financiados pelo banco¹³, que viria a quebrar e a receber ajuda governamental bilionária com emprego de recursos públicos. Em outras palavras, antes da crise, o acesso ao crédito era praticamente incondicional em diferentes localidades.

38. Não custa ressaltar que os consumidores de crédito são diretamente prejudicados com o superendividamento, porquanto se sujeitam a perder bens dados em garantia e/ou a serem alvo de desgastantes cobranças. Seria prudente considerar que a realização da avaliação de risco viola direitos em semelhante contexto?

39. Atualmente, o debate sobre superendividamento é dos mais profícuos no campo da regulação financeira, ao qual estão atentos os consumeristas brasileiros. Juristas de monta têm defendido a inclusão expressa no Código de Defesa do Consumidor do direito à concessão de crédito responsável, o que está em discussão no Congresso Nacional com o trâmite do Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012¹⁴.

40. Nesse contexto, as técnicas e ferramentas de *score* de crédito tendem a se prestar como meios de proteção ao consumidor, oferecendo à instituição mutuante meios objetivos, consistentes e estatisticamente bem fundamentados no ato de concessão do crédito. Isto porque a análise de riscos, com fundamento em informação adequada e legitimamente disponível aos agentes econômicos, propicia a concessão de crédito em níveis proporcionais à capacidade de pagamento de cada mutuário, desestimulando e prevenindo o superendividamento de consumidores bancários.

41. É importante registrar que o tema tem sido objeto de crescente atenção por parte de legisladores e supervisores financeiros estrangeiros. No âmbito da União Europeia, a análise prévia de risco de crédito – amparada justamente em mecanismos de avaliação, como os que se impugnam nos autos do recurso especial em tela – não constitui apenas boa prática, oficialmente reconhecida como tal. De fato, a Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008¹⁵, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, estabelece o dever de avaliação da solvência dos devedores como condição à própria concessão do crédito:

13 O texto original do anúncio é: “We say yes to 9 out of 10 mortgage applications for home buyers”.

14 A íntegra do projeto de lei está disponível em <<http://goo.gl/Cfj5yn>>. Acesso em 25 de

15 Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:133:0066:0092:ES:PDF>.

“Artigo 8º

Obrigação de avaliar a solvabilidade do consumidor

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, antes da celebração do contrato de crédito, o mutuante avalie a solvabilidade do consumidor com base em informações suficientes, se for caso disso obtidas do consumidor e, se necessário, com base na consulta da base de dados relevante. Os Estados-Membros cuja legislação exija que os mutuantes avaliem a solvabilidade dos consumidores com base numa consulta da base de dados relevante podem reter esta disposição.”

42. Ao justificar a edição de tal medida, o Parlamento e o Conselho Europeu fornecem importantes luzes para o desate da questão ora apreciada:

“Num mercado de crédito em expansão, é especialmente importante que os mutuantes não concedam empréstimos de modo irresponsável ou não concedam crédito sem uma prévia verificação da solvabilidade e que os Estados-Membros efetuem a supervisão necessária para evitar tal comportamento e determinem as sanções necessárias para punir os mutuantes que adotem tal comportamento. Sem prejuízo das disposições em matéria de risco de crédito contidas na Directiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, [...] os mutuantes deverão ser responsáveis por verificar, individualmente, a solvabilidade do consumidor. Para o efeito, deverão ser autorizados a utilizar informações prestadas pelo consumidor não só durante a preparação do contrato de crédito em causa, mas também durante uma relação comercial de longa data”.

43. Amparado em fundamentos semelhantes, o Governo federal brasileiro tem empreendido esforços em prol do consumo financeiro responsável pela população, bem como da conscientização dos riscos assumidos pelos consumidores e do reforço da estabilidade e confiança no Sistema Financeiro Nacional. A matéria debatida no recurso especial posto a julgamento perante o STJ, destarte, tem reflexos sobre tema associado à estratégia de educação e inclusão financeira desenvolvida pelo Governo federal, na qual o Banco Central desempenha papel de destaque¹⁶.

¹⁶ Nesse sentido, para maiores informações, remete-se às informações prestadas pelo Departamento de Educação Financeira (Depef) e lançadas na Nota Técnica 132/2014-BCB/DEPEF, de 17 de abril de 2014, anexa a este pronunciamento e elaborada especialmente para instrução do recurso especial em referência. Refere-se, ainda, ao contido em WORLD BANK GROUP, *General Principles for Credit Reporting*. September, 2001, especialmente, pp. 23 e segs. Disponível em <<http://goo.gl/zWuLQU>>.

44. Sob a ótica da regulação financeira, o uso de mecanismos de *credit scoring* afigura-se como elemento essencial à proteção do consumidor bancário contra o superendividamento – na medida em que permite uma avaliação objetiva acerca de sua efetiva condição de arcar com os custos da operação de crédito que intenta contratar – e, ainda, coaduna-se com as ações governamentais implementadas no Brasil com foco na concessão segura e responsável do crédito.

45. Por certo, o espectro de proteção, que encontra importante instrumento técnico na avaliação de risco, não possui matiz apenas individual. A ele podem ser relacionadas preocupações prudenciais, ligadas à manutenção da solvência das instituições financeiras e da estabilidade do próprio sistema, ainda que a avaliação de risco não seja contratada diretamente por sociedade integrante do sistema financeiro, como procuraremos demonstrar a seguir.

IV – Importância para a estabilidade do sistema financeiro da avaliação de risco contratada por sociedade que não seja instituição financeira.

46. Mesmo se contratada por sociedade empresária que não seja instituição financeira, o que se admite por hipótese, a avaliação de risco pode interessar ao regulador e ao supervisor do sistema financeiro. É que o risco avaliado, embora inicialmente seja assumido por aquela pessoa jurídica não financeira, pode acabar sendo transferido para instituições financeiras.

47. Isso ocorre ordinariamente com os chamados “crediários” ofertados por grandes varejistas. Essas operações são reunidas e transferidas, por cessão de crédito, para um fundo, denominado Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC)¹⁷. Com isso, os varejistas recebem antecipadamente quantia que só perceberiam ao longo dos financiamentos e podem transferir o risco de inadimplência para o FIDC, definitivamente ou mantendo regime de coobrigação.

48. Para que a operação seja interessante para o cessionário, os títulos representativos dos financiamentos devem ser transferidos com deságio, de maneira que a remuneração do FIDC deriva da diferença entre o que pagou pela sua aquisição e o total das prestações a serem pagas pelos tomadores de

17 Figura regulamentada pela Resolução CMN nº 2.907, de 29 de novembro de 2001, e pela Instrução nº 356, de 17 de dezembro do mesmo ano, expedida pela Comissão de Valores Mobiliários.

crédito, é dizer, o valor dos títulos transferidos. Diante dessas circunstâncias, se for considerável a inadimplência nos “crediários”, o cessionário terá problemas para se remunerar.

49. Comumente, os cotistas do Fundo de Investimento em Direitos Creditórios são bancos, que investem dinheiro captado de seus clientes nas cotas do FIDC. Dessa maneira, como o risco relativo ao crédito concedido a consumidores do comércio em geral é transferido ao FIDC e aos que detêm suas cotas, a inadimplência dos clientes dos varejistas compromete o ativo dos bancos e o equilíbrio de seu balanço.

50. Portanto, caso os grandes varejistas (instituições não financeiras) não disponham da possibilidade de contratar serviços de avaliação de risco de crédito, essa circunstância (i) ocasiona a transferência dos riscos para o sistema financeiro em ordem a interferir na higidez e solidez das instituições que o compõem e/ou (ii) exige que as instituições financeiras cobrem o preço relativo a essa transferência de risco nos custos da securitização, com consequente aumento nos custos dos créditos concedidos. É bem de ver que ambos os efeitos são prejudiciais a todas as partes envolvidas nas transações, aí incluído o consumidor final.

CONCLUSÃO

51. Em conclusão, repisam-se alguns dos principais argumentos expostos acima:

- a) Os cadastros positivos e negativos de crédito são ferramentas fundamentais para a redução do custo de empréstimos e financiamentos. E a sua utilidade depende do uso e do tratamento dos dados deles constantes por formas economicamente viáveis;
- b) A avaliação de risco é uma constante no mercado financeiro, ambiente em que se cuida, essencialmente, da assunção de risco de crédito mediante remuneração. O *score* pode ser feito pelas próprias instituições financeiras ou por sociedades empresárias dedicadas unicamente à prestação desse serviço. A segunda hipótese, em tese, goza de benefícios gerados pela especialização, como a redução de

- custos de transação. Como esses custos compõem os gastos das instituições financeiras e formam o *spread* bancário, a sua redução pode ter por consequência a diminuição tanto do custo do crédito, como das chamadas barreiras à entrada no mercado de crédito;
- c) O *rating* é atividade relevante à prevenção do superendividamento, medida prudente no que toca ao funcionamento do sistema financeiro e à proteção dos consumidores;
 - d) Ainda que o *score* seja contratado por sociedade que não seja instituição financeira, o risco assumido pode ser transferido para o sistema financeiro. Isso ocorre, notadamente, com a securitização de recebíveis, por meio da qual comerciantes cedem crédito seu a um Fundo de Investimento em Direitos (FIDC) cujos rendimentos decorrerão das parcelas pagas pelos clientes do comércio. Os cotistas do FIDC são investidores institucionais, como bancos, que acabam por assumir o risco da operação inicialmente praticada fora do sistema financeiro.

52. Ante o exposto, parece-me juridicamente possível que as sociedades responsáveis pelo serviço de *credit scoring* se utilizem de dados constantes de cadastros negativos e positivos de crédito, quando esses registros hajam sido regularmente formados, *i.e.*, se forem alimentados com respeito às diversas exigências legais que lhe são impostas. O emprego dos dados não deve depender da repetição das mesmas imposições, tal como a notificação do consumidor quanto à anotação de informação sobre inadimplemento, uma vez que não se trata da formação de novo cadastro, mas do uso de dados já registrados.

À sua consideração.

Marcio Valadares

Procurador

Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (Cojud)

De acordo com o bem elaborado parecer.

2. Nessas condições, elevo o pronunciamento à consideração do senhor Procurador-Geral com a recomendação de que o aprove a fim de que seja levado ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, acompanhado das manifestações técnicas dos Departamentos Econômico (Depec) e de Educação Financeira (Depes) deste Banco Central, com a finalidade de subsidiar o julgamento do recurso especial referido neste pronunciamento, inclusive em atendimento à decisão proferida pelo ilustre relator, que já admitiu o ingresso do Banco Central nos autos na condição de *amicus curiae*.

À consideração do senhor Procurador-Geral.

Flavio José Roman

Subprocurador-Geral, substituto

Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CC2PG)

Tenho por apropriada a manifestação jurídica elaborada pela *Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CC2PG)*. O *judicioso pronunciamento* aborda aspectos jurídicos da atividade de *credit scoring*, relacionando-os à regulação do Sistema Financeiro Nacional.

2. O parecer destaca adequadamente que tanto o controle da inadimplência quanto o conhecimento dos pagamentos regularmente quitados, efetuados, respectivamente, nos cadastros negativos e positivos, são ferramentas úteis à redução do *spread* bancário pela melhor calibragem das taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras. Além disso, o desempenho dessas atividades por empresas especializadas é capaz de fomentar a competitividade no mercado de crédito.

3. Por igual, da manifestação jurídica depreende-se a necessidade inarredável de controle do superendividamento, com o que concordam consumeristas e financistas. Com efeito, não parece ser possível, nesta quadra, sustentar a existência de direito incondicional à tomada de crédito.

4. Ademais, a transferência ao sistema financeiro do risco assumido pelos comerciantes em geral, algo que decorre de operações como a de securitização de recebíveis, descrita no item IV do parecer, torna o serviço de *rating*, uma vez mais, importante para funcionamento do sistema financeiro.

5. Com tais considerações, aprovo o pronunciamento, determino o seu envio ao Superior Tribunal de Justiça para os fins do art. 543-C, § 3º, do Código de Processo Civil.

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral do Banco Central

Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

1. Os trabalhos devem ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central para apreciação, pelo endereço **revista.pgbc@bcb.gov.br**, em arquivo *Word* ou RTF, observando-se as normas e os parâmetros de editoração adiante estabelecidos.
2. Os autores filiados a instituições estrangeiras podem encaminhar trabalhos redigidos em inglês ou espanhol.
3. Os autores que publicam trabalhos na Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central são detentores dos direitos morais de seus trabalhos, no entanto não fazem jus aos direitos patrimoniais pertinentes a sua criação ou a remuneração de nenhuma natureza.
4. **Configuração dos trabalhos** – Os trabalhos enviados devem ser compostos de 10 a 20 páginas, redigidas em fonte *Times New Roman* 12, com espaço entrelinhas simples. Variações serão analisadas pelo Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central.
A configuração das páginas deve observar os seguintes parâmetros:
 - a) margens: superior – 3cm; inferior – 2cm; esquerda – 3cm; direita – 2cm;
 - b) tamanho: 210mm x 297mm (folha A4);
 - c) numeração: todas as páginas são contadas, mas a numeração, em algarismos arábicos, ocorre da segunda página em diante, na margem superior direita.
5. **Título e subtítulo** – O título do trabalho deve ser escrito no topo da página, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman* 16, em negrito, com a primeira letra de cada palavra em maiúscula, salvo nos casos em que a inicial maiúscula não seja recomendada (em advérbio, preposição, conjunção, interjeição e artigo). O subtítulo do trabalho deve ser escrito na mesma linha do título, com mesma fonte, mesmo alinhamento e negrito. O subtítulo grafa-se das seguintes formas:
 - a) se ocorrer após dois-pontos: todas as letras minúsculas, salvo se a inicial maiúscula for obrigatória (exemplo: Governança Cooperativa: as funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil);
 - b) se ocorrer após traço: inicial maiúscula apenas na primeira palavra (exemplo: Governança Cooperativa – As funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil).

6. **Identificação do autor** – O nome do autor deve figurar um espaço duplo depois do título, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman* 11 e negrito, seguido de asterisco, que remeta a nota de rodapé em que conste sua formação acadêmica e suas principais atividades profissionais.
7. **Sumário** – O sumário reproduz número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho. Deve posicionar-se um espaço duplo depois do nome do autor, alinhado à direita, a 6cm da margem esquerda, com fonte *Times New Roman* 10, em itálico. Apresenta número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho, até três desdobramentos. Veja-se este exemplo:

*Introdução. 1 Atividade bancária na União Europeia.
2 Concorrência no setor bancário. 2.1 Sujeição dos bancos
às regras de concorrência comunitárias. 2.2 Atuação da
Comissão Europeia e da Rede Europeia de Concorrência.
2.3 Ações da Comissão Europeia para o fortalecimento da
concorrência na área bancária. Conclusão.*

8. **Resumo** – O resumo deve ser apresentado em português e inglês (*abstract*) e conter de 100 a 250 palavras. Deve ser construído na terceira pessoa do singular, com frases concisas e afirmativas, e não com enumeração de tópicos. Sua primeira frase deve explicar o tema do trabalho. Evitam-se símbolos e contrações cujo uso não seja corrente e fórmulas, equações e diagramas, a menos que extremamente necessários. Deve ressaltar o objetivo, o método, os resultados e as conclusões; não deve discorrer sobre o assunto do trabalho. O resumo em inglês (*abstract*) deve ser antecedido do título do trabalho, também em inglês, grafado um espaço duplo depois das palavras-chave em português.
9. **Palavras-chave** – Devem ser citadas de 4 a 6 palavras representativas do conteúdo do trabalho, separadas entre si por ponto. As palavras-chave em português devem figurar um espaço duplo depois do resumo. As palavras-chave em inglês (*keywords*) apresentam-se um espaço duplo depois do *abstract*.
10. **Texto** – O texto deve respeitar o limite de páginas já fixado e ser redigido de acordo com os parâmetros seguintes.
 - a) **Título e subtítulo de seções:** devem ser escritos em fonte *Times New Roman* 14, em negrito, posicionados um espaço duplo depois das *keywords*, alinhados à esquerda, com recuo de 1,5cm à esquerda e um espaço duplo entre eles. Escrevem-se apenas com a primeira letra da primeira palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de maiúscula nas demais palavras seja obrigatório.

Devem ser numerados com algarismos arábicos. O número e o nome das seções e das subseções devem ser separados apenas por espaço. Vejam-se exemplos:

3 Concorrência no setor bancário

3.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias

- b) **Parágrafos:** devem ser redigidos em fonte *Times New Roman* 12, sem negrito ou itálico, iniciando-se um espaço duplo depois do título da seção ou da subseção, com espaçamento entrelinhas simples, alinhamento justificado e recuo de 1,5cm da margem esquerda.
- c) **Destques:** devem ocorrer conforme as seguintes especificações:
- expressões em língua estrangeira: itálico (se ocorrerem trechos em itálico, as expressões estrangeiras devem ficar sem itálico);
 - ênfase, realce de expressões: negrito;
 - duplo realce de expressões: negrito e sublinhado (quando necessário destacar texto já destacado).
- d) **Citações:** devem apresentar-se conforme sua extensão.
- Citações com três linhas no máximo: devem figurar no corpo do parágrafo, entre aspas, sem itálico.
 - Citações com mais de três linhas: devem compor bloco independente do parágrafo, a um espaço duplo do texto antecedente e a um espaço duplo do texto subsequente, alinhado a 4cm da margem esquerda, com fonte 10, sem aspas e sem itálico.
 - Destaque nas citações: pode constar do original ou ser inserido pelo copista.
 - > Destaque do original: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) do autor”, entre parênteses, seguido do ponto-final.
 - > Destaque do copista: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)”, entre parênteses, antes do ponto-final.
 - Sistema de chamada de citações: deve ser o sistema autor-data. Em vez de usar número que remeta a nota de rodapé com os dados bibliográficos da publicação mencionada e em vez de usar toda a referência entre parênteses, emprega-se o sobrenome do autor ou o nome da entidade (com apenas a inicial maiúscula), a data e a(s) página(s) da publicação de onde se retirou o trecho transcrito. Vejam-se estes exemplos.
 - > Citação direta com até três linhas, sem o nome do autor expresso no texto:
[...] O § 1º do citado art. 47 dá poderes aos estatutos para “criar outros órgãos necessários à administração”, e o art. 48 prevê a possibilidade de que os órgãos de administração contratem gerentes técnicos ou comerciais que não pertençam ao quadro de associados (BRASIL, 1971).

- > Citação direta com até três linhas, com o nome do autor expresso no texto:

[...] nas palavras de Serick (*apud* COELHO, 2003, p. 36): “[...] aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela.”

- > Citação direta com mais de três linhas, sem o nome do autor expresso no texto:

[...] Em relação aos órgãos de administração, a Lei Cooperativa prevê, em seu art. 47:

A sociedade será administrada por uma Diretoria ou Conselho de Administração, composto exclusivamente de associados eleitos pela Assembleia Geral, com mandato nunca superior a 4 (quatro) anos, sendo obrigatória a renovação de, no mínimo, 1/3 (um terço) do Conselho de Administração (BRASIL, 1971).

Dessa forma, as cooperativas de crédito no Brasil devem optar por serem administradas por uma [...]

- > Citação direta com mais de três linhas, com o nome do autor expresso no texto:

[...] Nas palavras de Martins (2001, p.135), a sociedade comercial pode ser conceituada como

[...] a entidade resultante de um acordo de duas ou mais pessoas, [sic] que se comprometeram a reunir capitais e trabalho para a realização de operações com fim lucrativo. A sociedade pode surgir de um contrato ou de um ato equivalente a um contrato; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.

Essa reunião social, conhecida pelos nomes “empresa”, “firma”, “sociedade”, “entidade societária” etc., [...]

- > Citação indireta sem o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Críticos a esse modelo argumentam que os administradores podem atribuir a essa busca por atender expectativas dos *stakeholders* a responsabilidade por eventuais resultados negativos do negócio, mas reconhecem sua capacidade em agregar os esforços das partes interessadas em torno de objetivos de longo prazo e o sucesso da empresa (MAHER, 1999, p. 13).

- > Citação indireta com o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Cornforth (2003, p. 30-31), na tentativa de estabelecer um modelo de análise apropriado para organizações sem fins lucrativos e tomando por base a taxonomia proposta por Hung (1998, p. 69), foca a atenção nos papéis que o Conselho desempenha, relacionando sua significância com as teorias associadas a cada papel na busca de uma abordagem multiteórica capaz de melhor explicar os diferentes papéis do Conselho.

11. **Referências** – Todos os documentos mencionados no texto devem constar nas Referências, que se posicionam um espaço duplo depois do fim do texto. Adotam-se as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Os nomes devem ser separados entre si por um espaço simples, alinhados à esquerda. O destaque no título do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser **negrito**; o subtítulo deve ser grafado sem **negrito**. Título de artigo ou de texto publicado como parte de um exemplar deve ser grafado sem **negrito**, e o título desse exemplar deve figurar em **negrito**. No caso de publicações eletrônicas, deve constar o endereço eletrônico em que foi feita a consulta ao documento e a data do acesso a ele. Vejam-se exemplos:

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. **Sistema Financeiro e Responsabilidade Social**: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito. São Paulo: Textonovo, 2004.

ROMAN, Flávio José. A Função Regulamentar da Administração Pública e a Regulação do Sistema Financeiro Nacional. *In*: JANTALIA, Fabiano. **A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 de outubro de 2008. Seção 1. p. 3. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

SEMINÁRIO BRASILEIRO SOBRE A ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL, 2008, Brasília. **Anais ...** Brasília: Escola da AGU, 2008, 300 p.

CARVALHO, Danilo Takasaki. Sistema de Pagamentos em Moeda Local: aspectos jurídicos da nova alternativa para remessas de valores entre o Brasil e a Argentina. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 199-224, dez. 2008.

12. Os trabalhos que não estiverem em conformidade com as normas e os parâmetros relativos à editoração da revista serão devolvidos a seus autores e poderão ser reenviados, desde que efetuadas as modificações no prazo estabelecido.
13. A seleção dos trabalhos para publicação será feita pelos membros do Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, conforme previsto em regulamento próprio.



BANCO CENTRAL DO BRASIL

