

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 4 – Número 2
Dezembro 2010



**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, 2010.

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 4 • Número 2 • Dezembro 2010

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 4 • Número 2 • Dezembro 2010

© Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central – Cejur

Diretora da Revista da PGBC

Marusa Vasconcelos Freire (Banco Central, DF)

Editor-Chefe da Revista da PGBC

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar (Banco Central, DF)

Editor-Adjunto da Revista da PGBC

João Marcelo Rego Magalhães (Banco Central, DF)

Editora-Adjunta da Revista da PGBC

Rosely Palaro Di Pietro (Banco Central, DF)

Conselho Editorial da Revista da PGBC

Conselheiros

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer (Banco Central, DF)

Edil Batista Junior (Banco Central, PE)

Fabiano Jantalia Barbosa (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)

Marcelo Labanca Correia 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 (Faculdade Getulio Vargas, SP)

Camila Villard Duran (Faculdade Getulio Vargas, SP)

Fabício Bertini Pasquot Polido (Doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo)

Felipe Chiarello de Souza Pinto (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

James Ferrer (George Washington University, EUA)

João Alves Silva (Banco do Brasil)

Marcelo Andrade Féres (Procuradoria-Geral Federal)

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 (Doutorado em Direito Público pela Unisinos)

Otávio Luiz Rodrigues Junior (Advocacia-Geral da União)

Paulo Sérgio Rocha (Ministério Público Federal)

Raúl Aníbal Etcheverry (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Rubens Beçak (Universidade de São Paulo)

Vicente Bagnoli (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

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 revisão redacional, sem alterações de sentido e de conteúdo.

Procuradoria-Geral do Banco Central

Procurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procuradora-Geral Adjunta

Marusa Vasconcelos Freire

Coordenadora-Geral do Centro de Estudos Jurídicos

Adriana Teixeira de Toledo

Coordenador-Geral de Gestão Estratégica e Administrativa

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Subprocurador-Geral Chefe de Gabinete do Procurador-Geral

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Subchefe de Gabinete do Procurador-Geral

Marcel Mascarenhas dos Santos

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Consultoria Bancária e Regulação Geral

Ailton Cesar dos Santos

Coordenadora-Geral da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Bancária e de Normas

Walkyria de Paula Ribeiro Oliveira

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal

Luiz Ribeiro de Andrade

Coordenador-Geral de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal

Roberto Hidemitsu Yamashiro

Coordenador-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Erasto Villa Verde de Carvalho Filho

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Consultoria Administrativa e Assuntos Penais

Arício José Menezes Forte

Coordenador-Geral de Processos de Consultoria Administrativa

Niraldo Faria Baldini

Coordenador-Geral de Processos de Consultoria e Representação Penal

Cassiomar Garcia Silva

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Contencioso Administrativo e Consultoria de Regimes Especiais

Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado

Coordenador-Geral de Contencioso Administrativo e de Consultoria de Regimes Especiais

Nelson Alves de Aguiar Junior

Procurador-Regional do Banco Central no Distrito Federal
Amilcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos

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

Procurador-Regional do Banco Central em São Paulo
César Cardoso

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

Procurador-Regional do Banco Central em Pernambuco
Wagner Tenório Fontes

Procurador-Chefe do Banco Central no Estado da Bahia
Lenivaldo Gaia do Nascimento

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 Matos

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

Sumário

Editorial

Apresentação <i>Adriana Teixeira de Toledo</i> _____	11
Nota da Edição <i>Alexandre Magno F. M. Aguiar</i> _____	13

Artigos

A Loteria Judicial <i>Edil Batista Junior</i> _____	17
O Ativismo Judicial e um Novo Marco Jurídico-gerencial Democrático <i>Juliano Ribeiro Santos Veloso</i> _____	41
O Direito Fundamental a uma Administração Pública Constitucionalizante <i>Rui Magalhães Piscitelli</i> _____	57
Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal <i>Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho e Magda de Lima Lúcio</i> _____	75
Meios Consensuais de Solução de Conflitos na Supervisão do Sistema Financeiro: oportunidades de aprimoramento no processo administrativo sancionador do Banco Central do Brasil <i>Luciane Moessa de Souza</i> _____	99

Russian Banking Legislation: past, present and future development
Alexei Guznov e Tatiana Rozhdestvenskaya _____ 139

Breves Anotações sobre a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior
Kátia Cilene de Carvalho _____ 157

Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central

Parecer PGBC-174/2010
Estudo acerca das inovações propostas no anteprojeto de novo Código de Processo Civil. Regime legal de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira. *Caput* e §§ do 1º ao 10 do art. 778 do anteprojeto.
Jader Amaral Brilhante, Luiz Ribeiro de Andrade e Marusa Vasconcelos Freire _____ 181

Parecer PGBC-264/2010
Mandado de segurança impetrado contra o coordenador da Gerência Técnica do Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf) do Banco Central do Brasil. Alegado ato coator: indeferimento do pedido de constituição de pessoa jurídica para operar em mercado de câmbio. Legalidade do ato.
Fabiana Perillo de Farias, Flávio José Roman e Luiz Ribeiro de Andrade _____ 221

Petição PGBC-6805/2010
Requerimento de ingresso em feito como *amicus curiae*. Finalidades: explicitar o que é o Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil (Bacen Jud) e expor as razões que evidenciam a legalidade de o Juiz determinar, *ex officio*, em sede de execução fiscal, por meio

daquele sistema eletrônico, a indisponibilidade de ativos financeiros, sem a necessidade de esgotar, previamente, diligências para encontrar outros bens penhoráveis.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa, Flávio José Roman e

Luiz Ribeiro de Andrade _____ 239

Petição PGBC-6922/2010

Reclamação, dirigida ao Supremo Tribunal Federal, contra decisão de juiz do trabalho e acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que consideraram intempestivos os embargos à execução opostos pelo Banco Central do Brasil, ajuizados no prazo fixado no art. 1º-B da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

Viviane Neves Caetano, Flávio José Roman, Luiz Ribeiro de Andrade e

Marusa Vasconcelos Freire _____ 259

Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central _____ 275

Apresentação

Há pouco mais de um ano, após assumir a coordenação-geral do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral (Cejur), tenho me dedicado a estudar o assunto gestão estratégica na Administração Pública. Um dos pontos que me chama atenção nesse universo é a qualidade da comunicação que se deve ter, seja com o público interno, seja com o externo, para que a gestão seja realmente eficaz e eficiente.

Ademais, a transparência é princípio que deve nortear a atuação da Administração Pública, não só no cumprimento do dever de prestar contas à sociedade, razão de sua existência e destinatária de seus serviços, mas também na exposição clara do fundamento dos seus atos. Nesse sentido, a **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, no seu quarto ano de existência, com a qualidade de um editorial de primeira linha, vem se mostrando eficaz instrumento de divulgação dos estudos e pesquisas que corroboram a segurança jurídica dos atos praticados no âmbito da autarquia.

Recentemente, foi feita uma reformulação no processo editorial da revista visando a qualificar ainda mais a seleção dos artigos nela publicados, cujo certame tem contado com a participação de colaboradores externos, com formação e experiência diversas, na composição do Conselho Editorial, oxigenando ainda mais a construção da revista.

Além disso, o fato de o periódico não se destinar à divulgação exclusiva de artigos de procuradores e servidores do Banco Central – ao contrário, tem sido crescente a oferta de trabalhos de autores externos – denota o propósito de melhoria na comunicação, no seu sentido mais amplo, sobre os temas jurídicos relacionados ao sistema financeiro de um modo geral.

A distribuição de mil exemplares a cada edição da revista, chegando às bibliotecas de quase todas as universidades públicas do país, dos diversos

tribunais e de outros órgãos públicos, além do acesso livre ao seu conteúdo pela rede mundial de computadores,¹ mostra que a **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** tem cumprido bem seu papel de levar a todos os interessados, de norte a sul do país, estudantes, pesquisadores e agentes do sistema jurídico, o conhecimento, não traduzido em obras doutrinárias, da grandeza e complexidade dos assuntos que norteiam o mundo das políticas monetária, cambial e estabilidade financeira.

Como titular do componente responsável direto pela edição, publicação e distribuição da revista, estou certa de que o esforço para o melhor resultado não tem sido em vão. A cada edição do periódico, o Banco Central se torna mais conhecido, seus temas mais discutidos, a sociedade cada vez mais interessada em lhe exigir satisfação dos atos praticados. Tudo isso demonstra o quanto nosso país está crescendo, avançando no exercício do regime de Estado democrático de direito a que a República está baseada, e com ele cresce a utilidade e o proveito que se tira da presente obra.

Por tudo isso, da minha parte, enquanto estiver à frente dessa responsabilidade, não pouparei esforços e estímulo a todos aqueles envolvidos com a produção da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** para a continuidade de seu aperfeiçoamento.

A cada leitor recomendo a dedicação de uma leitura atenta dos trabalhos que lhe interessarem para a melhor compreensão dos assuntos tratados.

Assim cumprindo, estaremos no caminho para o alcance da comunicação de qualidade desejada por todos.

Boa leitura!

Adriana Teixeira de Toledo

Coordenadora-Geral do Cejur.

Gerente do Projeto Gestão Legal.

Mestre em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho.

1 <www.bcb.gov.br/?revistaPGBC>.

Nota da Edição

Já se disse que o Brasil é um país carente de ideias. Porém, é difícil imaginar algo mais distante da realidade. Ideias criativas e originais são pensadas todos os dias nos órgãos públicos, nos escritórios de advocacia e mesmo no recesso dos lares. Apesar disso, um fenômeno estranhamente brasileiro consiste em guardar as ideias para si ou utilizá-las apenas como ferramentas de trabalho.

O dia a dia de qualquer órgão jurídico demonstra isso de maneira cristalina: a toda hora, milhares e milhares de boas ideias são circunscritas ao restrito universo das petições e dos pareceres. Sem qualquer falsa modéstia ou mesmo vanglória, aqueles poucos que se dignam a publicizar suas ideias dão uma contribuição inestimável ao, este sim, empobrecido debate cultural brasileiro.

Esta é a função de qualquer revista jurídica: enriquecer o panorama cultural do País, trazendo uma nova abordagem para a resolução de novos e antigos problemas. Com orgulho, a **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** tem cumprido essa missão desde 2007, quando, em dezembro, foi lançada a primeira edição. São exatamente quatro anos de contínua dedicação à alta cultura jurídica brasileira. Em todas as edições, cada artigo, cada manifestação jurídica trouxe o germe de inovações políticas, legislativas, administrativas, judiciais e, quiçá, constitucionais.

Nesta edição, o primeiro artigo (A Loteria Judicial) foi escrito pelo procurador Edil Batista Junior, que aborda corajosamente um dos temas mais sensíveis da atualidade: a liberdade de que os magistrados devem dispor para interpretar e aplicar a lei. O autor desconstrói vários mitos ainda persistentes no imaginário jurídico brasileiro, como os dogmas da completude e da inequívocidade dos textos legais, demonstrando que a norma jurídica é, necessariamente, construída não apenas pelo legislador, mas também pelo juiz.

A atuação do Poder Judiciário continua a ser analisado no artigo seguinte (O Ativismo Judicial e um Novo Marco Jurídico-gerencial Democrático), de autoria do advogado da União Juliano Ribeiro Santos Veloso. Ele identifica o ativismo judicial com a expansão dos direitos previstos constitucionalmente, mas garantidos de maneira insuficiente pelo Legislativo e pela Administração Pública. Trata-se de uma expansão dos limites do Direito, que passa a contar cada vez mais com a participação de novos atores na construção das normas jurídicas.

Pode parecer natural que advogados públicos reflitam sobre seu maior cliente: o Poder Judiciário. Sendo, porém, integrantes da estrutura da Administração Pública, torna-se imperioso a compreensão crítica de seu próprio lugar de atuação. Não se furtam desse desafio os autores dos próximos artigos.

Rui Magalhães Piscitelli, procurador federal, disserta sobre O Direito Fundamental a uma Administração Pública Constitucionalizante. De forma inovadora, ele propõe que, sendo apenas exemplificativa a enumeração constitucional de direitos fundamentais, deve ser considerada, como direito fundamental, a conformação da Administração Pública aos princípios constitucionais, tornando-a mais um instrumento de plena realização do princípio da dignidade humana.

Em seguida, Meire Lúcia Monteiro Gomes Mota Coelho, procuradora federal, e Magda de Lima Lúcio, professora da Universidade de Brasília, escrevem Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A Mediação como Instrumento de Gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Trata-se de um trabalho em três passos: uma profunda análise do impacto que a crescente litigiosidade tem sobre o Estado; considerações sobre os fundamentos teóricos da mediação e conciliação como instrumentos de gestão no contexto da Administração Pública federal; e, finalmente, a apresentação da experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão da Consultoria-Geral da União.

O próximo artigo demonstra, mais uma vez, a necessidade da mediação na Administração Pública e o que pode ser feito para aperfeiçoar esse instrumento. A autora, Luciane Moessa de Souza, procuradora do Banco Central, dedicou-se a propor aprimoramentos no processo administrativo sancionador da autarquia, defendendo a regulamentação do tema por meio de resoluções do Conselho Monetário Nacional e a necessidade de gerenciamento coletivo de demandas

repetitivas, além de analisar questões relevantes envolvidas na celebração de termos de ajustamento de conduta.

Em uma revista editada por um banco central, é inevitável a existência de artigos envolvendo a legislação bancária. A novidade desta edição é exatamente a legislação estudada: a russa. Alexei Guznov, vice-diretor do Departamento Legal do Banco da Rússia, e Tatiana Rozhdestvenskaya, professora de Direito em Moscou, descrevem a legislação bancária russa atual, suas origens e suas perspectivas. Trata-se de oportunidade única de compreender o sistema financeiro de um país que, como o Brasil, é considerado uma das grandes potências emergentes do século XXI.

A procuradora do Banco Central Kátia Cilene de Carvalho fecha a sessão de artigos com um trabalho de nome injustamente modesto: Breves Anotações sobre a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior. O que torna a modéstia injusta, neste caso, não é apenas a abrangência do trabalho, mas, principalmente, seu ineditismo: trata-se, provavelmente, do primeiro artigo jurídico a tratar em profundidade desse tema, cuja análise costuma ficar restrita aos burocratas e economistas. Tornar-se-á, indubitavelmente, uma obra que referência aos juristas que futuramente estudarem o assunto.

A sessão seguinte conta com manifestações jurídicas da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil que foram selecionadas em razão de sua relevância: dois pareceres e duas petições. Os pareceres referem-se: às inovações, propostas no anteprojeto de novo Código de Processo Civil, relativas ao regime legal de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira; e à defesa, em mandado de segurança, da legalidade do indeferimento do pedido de constituição de pessoa jurídica para operar em mercado de câmbio, baseada na ausência do requisito “reputação ilibada”. As petições tratam de: requerimento de ingresso em feito como *amicus curiae* com as finalidades de explicitar o que é o Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central (Bacen Jud) e expor as razões que evidenciam sua legalidade.; e de reclamação, dirigida ao Supremo

Tribunal Federal, contra decisões que consideraram intempestivos os embargos à execução opostos pelo Banco Central, ajuizados no prazo fixado no art. 1º-B da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar

Procurador do Banco Central.

Editor-Chefe da Revista da
Procuradoria-Geral do Banco Central.

A Loteria Judicial

Edil Batista Junior*

1 À guisa de Introdução. 2 Divergência empírica versus divergência teórica do Direito. 3 O papel dos juízes: libertas ou longa manus do Estado. 4 A interpretação como ato de prudência. 5 Da interpretação legal ao ativismo judicial. 6 Considerações finais.

Resumo

Tem por objetivo confirmar a tese de que a liberdade da interpretação judicial é, e historicamente tem sido, atitude inerente ao ser do Direito, que joga com intrincados signos de conteúdos cambiantes no tempo e no espaço, concluindo que a realidade jurídica deixa, necessariamente, um espaço de avaliação por parte do aplicador do Direito, não podendo ser concebida como um conceito lógico absoluto *a priori*, senão como um valor *in fieri*, vale dizer, precário e em constante aperfeiçoamento. Em uma palavra: retórico. Em termos metodológicos, no rastro do projeto iniciado na Alemanha por Ottmar Ballweg e propagado no Brasil pelo jusfilósofo João Maurício Leitão Adeodato, o artigo adota o método retórico para o alcance do seu objetivo específico, tanto na aproximação gnosiológica das práticas que acompanham a aplicação do Direito, como na avaliação ética da retórica material decorrente dessa adoção.

Palavras-chave: Retórica. Hermenêutica. Magistratura. Ativismo Judicial.

* Procurador do Banco Central do Brasil em Recife. Especialista, mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Abstract

The present study aims to confirm the thesis that the freedom of judicial interpretation is, and has historically been, an inherent attitude to the being of Law, that plays with intricate symbols of changing contents in time and space, concluding that the juridical reality leaves, necessarily, an area of evaluation by the enforcer of Law and cannot be conceived as an absolute a priori logical concept, but as a value in fieri, namely, precarious and constantly improving. In a word: rhetoric. In methodological terms, in the wake of the project started in Germany by Ottmar Ballweg and propagated in Brazil by the legal philosopher João Mauricio Leitão Adeodato, the paper adopts the rhetorical method for achieving its specific goal, both in the gnoseological approach of the practices that accompany the implementation of Law, as well as in the ethic evaluation of the material rhetoric emerging from this adoption.

Keywords: *Rhetorical. Hermeneutics. Judiciary. Judicial activism.*

1 À guisa de introdução

O presente estudo tem por objetivo confirmar a tese de que a liberdade da interpretação judicial é, e historicamente tem sido, atitude inerente ao ser do Direito, que joga com intrincados signos de conteúdos cambiantes no tempo e no espaço, concluindo que a realidade jurídica deixa, necessariamente, um espaço de avaliação por parte do aplicador do Direito, não podendo ser concebida como um conceito lógico absoluto *a priori*, senão como um valor *in fieri*, vale dizer, precário e em constante aperfeiçoamento. Em uma palavra: retórico.

A importância do tema é inegável. A sociedade atual, de crescente complexidade, é cada vez mais dependente de declarações de constitucionalidade, inconstitucionalidade, legalidade, ilegalidade e demais formas de intervenções jurisdicionais. De outro lado, há, por parte do pensamento jurídico tradicional, a eterna busca pela segurança jurídica e uma constante tentativa de simplificar

o ordenamento jurídico, apontando o Poder Legislativo, legitimado pela sociedade no Estado Democrático, como a mais importante fonte originária (e monopolizadora) do Direito.

Melhor compreender a nem sempre harmoniosa relação entre os poderes constituídos é estar mais preparado para a vida em sociedade. Não se pode olvidar que inúmeras são as hipóteses possíveis de situações que dependem, mais do que de toda a doutrina e de toda a legislação preexistente a respeito, predominantemente de um sim ou não de um magistrado. Toma-se, portanto, a questão do Direito com a da magistratura, notadamente pelo fato de ser no caso concreto que ele efetivamente se realiza, não apenas na abstração e em hipóteses das normas gerais. Mais do que nunca, explorar-se-á a ideia de que principalmente através do juiz é que a ordem jurídica se realiza, não detendo o legislador a exclusividade da função criadora do Direito; este dependente cada vez mais da eficácia dos juízes nos tribunais.

Considerada a validade dessa hipótese, deve-se buscar compreender os elementos que efetivamente influenciam as interpretações e as decisões judiciais, verificando se o Direito, no caso concreto, pode ser modificado a depender de um ponto de vista bem ou mal humorado do juiz; até que ponto o chamado clamor social ou interesses pessoais inconfessos influenciam as tomadas de decisões; e, finalmente, se a decisão judicial é fruto exclusivo de silogismos que relacionam realidade e normas previamente estabelecidas pelo legislador ou se, além disso, é fruto do exercício da vontade política.

2 Divergência empírica *versus* divergência teórica do direito

A construção jusracional ocorrida entre os séculos XVII e XVIII teve por meta estabelecer o monopólio estatal jurídico-interpretativo de base legislativa hipertrofiando o *logos* discursivo, em razão da existência de um ambiente social eticamente favorável às mudanças, destacando-se a franca adesão popular às teses iluministas que buscaram romper com o quadro de privilégios do antigo regime aristocrático. Esse intento se forjou, entre outros atos, pelos códigos legais promulgados com o pretensível caráter de universalidade/inequívocidade, que dispensavam a interpretação judicial.

A compreensão do marco teórico racional oitocentista pressupõe o conhecimento dos postulados jurídicos que caracterizam o Estado Moderno. Adotando-se uma ordem aleatória, sem importância hierárquica ou cronológica, o primeiro desses postulados foi a **pretensão do monopólio da produção jurídica vinculativa**, culminando tanto com o processo de laicização do Direito quanto com a impossibilidade do reconhecimento de um Direito fora do Estado.

O segundo postulado foi a **supremacia das fontes jurídicas estatais** sobre as fontes espontâneas da produção do Direito, consubstanciada na publicização das relações privadas. O contrato, instrumento ontologicamente particular, passou a ter como critério de validade sua adequação formal e/ou material às normas editadas pelo Estado, contra as quais as partes não podiam mais se insurgir com fundamento na autonomia da vontade.

O terceiro postulado foi a **emancipação da ordem jurídica em face das demais ordens normativas**, em um processo autopoiético (NEVES, 1992, p. 291) de criação do Direito. Situação que não ocorria, por exemplo, com o greco-romano, no qual a presença da lei também era verificável, mas em um ambiente alopoiético (ADEODATO, 1996, p. 306), com profunda influência (às vezes coincidência) de uma ética moral.

O quarto postulado da modernidade jurídica estatal, e o que mais interessa ao desenvolvimento deste artigo, foi, e que continua vigorando até os dias atuais, a **pretensão da dominação linguístico-tecnológica** (NIETZSCHE, 1978, p. 43), culminando com o estabelecimento de um monopólio interpretativo (GRONDIN, 1999, p. 52) situado em determinados agentes políticos legitimados por uma esfera de poder.

Esse monopólio interpretativo se caracteriza não apenas pela concentração do poder decisório nas mãos de uma categoria especial de agentes políticos, mas, sobretudo, pela ojeriza em relação à opinião contrária e pela perpetuação do mito da resposta única no Direito.

Para os leigos em temas jurídicos, ainda pode causar surpresa o fato de que julgamentos de feitos análogos possam ter desfechos diversos, por vezes conflitantes entre si. E não se cogitam processos cujos elementos que influenciam o convencimento do juiz sejam contraditórios, como os casos dependentes da produção de prova testemunhal, que tanto contribui para dificultar a uniformidade de decisões, em face da subjetividade da valoração do fato/objeto da ação.

Há divergência mesmo em processos cujas repetições na esfera do Judiciário constituem a enorme massa que sobrecarrega seu trabalho, nos quais as decisões dependem, em sua maioria, apenas da análise da matéria de Direito, como as ações que envolvem planos econômicos, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e a questão previdenciária.

Esse dado comum à contemporaneidade jurídica representou, todavia, um grave problema aos olhos do legislador iluminista. Foi também um dos principais fundamentos à crítica que se fez do conhecimento que se pretendia científico, mas cujas experiências resultavam díspares em função da combinação de elementos insignificantes, obscuros e, principalmente, metajurídicos, como as impressões pessoais, os juízos de valor, as determinantes ideológicas, o amor, o ódio etc.

De fato, considerada uma visão meramente tecnicista, as características marcantes da experiência científica são a objetividade (CUPANI, 1985, p. 15) e a possibilidade de previsão de eventos futuros. A hipótese de o Direito ser considerado ciência não se sustenta se cada processo, ainda que análogo a outro, puder ser diferentemente decidido.

A partir dessa constatação, disseminou-se entre os profissionais do Direito a crença de que a divergência de julgamentos contraria a finalidade maior da jurisdição (ADEODATO, 2007, p. 181). Esse fato supostamente debilita a autoridade do Estado, frustra as partes envolvidas e, por conseguinte, promove a injustiça.

Consoante com a antiga crítica à natureza plástica do Direito, nada há de mais comprometedor para a ordem jurídica do que a variação dos julgados. Nesse estado de coisas, desaparece a segurança e os indivíduos ficam à mercê dos entendimentos pessoais: cada cabeça se torna uma sentença e a administração da justiça abandona o dado legal em função da álea. O processo passa a ser uma loteria judicial, uma disfunção estrutural a ser combatida pelo uso da razão analítica. Segundo esse entendimento, a disparidade entre as interpretações leva a sociedade a uma perplexidade que prejudica a necessidade de fundamentação: a legitimação da decisão (COLEMAN, 1995, p. 34).

Esse raciocínio promoveu a certeza cultivada em nível popular, no bojo da perspectiva dogmática do legislador revolucionário, segundo a qual se o julgamento de feitos análogos exige decisões iguais, em função da propagada

isonomia, haveria, portanto, uma única decisão judicial correta para cada caso: aquela democrática e vinculativamente determinada pela lei prévia.

Essa única decisão correta deveria necessária e igualmente vincular os desfechos de todos os outros casos. As decisões divergentes, destarte, deveriam ser descartadas, por equivocadas. Consolidou-se, assim, o mito da necessidade da vinculatividade legal como único meio de se atingir o valor supremo da justiça.

A compreensão do problema jurídico-interpretativo sob o prisma zetético do princípio da razão insuficiente (BLUMENBERG, 1999, p. 133), que combateu a tese da resposta única, buscou esclarecer as questões objetivas que proporcionavam aos juízes leituras díspares de um mesmo dispositivo legal, impondo às partes envolvidas conclusões heterogêneas. Vale dizer, buscou reconhecer na ciência jurídica o seu caráter retórico-instrumental.

Para tal, inicialmente procurou dialeticamente investigar se existiria realmente uma única resposta certa para cada problema apresentado ao Direito, fazendo com que a decisão judicial se assemelhasse a um juízo demonstrativo, como pretendia a visão dogmática, ou, por outra via, se a sentença seria uma construção argumentativa e que, enquanto tal, permitiria a elaboração de tese contrária, tão válida quanto a primeira.

Buscou-se, portanto, esclarecer se o fenômeno da loteria judicial seria realmente uma deficiência do sistema, materializando uma mera demonstração do poder do Estado em face do administrado, indefeso às suas mais diversas e, por vezes, perversas manifestações, ou, antes disso, se seria elemento essencial ao Direito, do qual este não poderia abdicar sem o risco de perder o que de mais útil e belo havia em si. Concluiu-se que o fato de os juízes proporcionarem respostas diversas sobre uma mesma situação constituía a materialização de uma natural divergência teórica sobre o Direito (DWORKIN, 1999, p. 8).

Divergindo empiricamente, os magistrados questionam a existência, no ordenamento jurídico vigente, de lei capaz de regular o caso sob exame, ou se há decisão servindo de paradigma. Discutem, portanto, se a situação em exame está amparada por norma escrita ou pela jurisprudência, ou se é o caso da ocorrência de lacuna da lei. Na divergência teórica, ao contrário, sabe-se que a lei ou a jurisprudência existe, todavia não se chega a um consenso sobre o que realmente ela pretenda dizer, exigir ou regular. É uma divergência de interpretação, portanto.

Chega-se à divergência teórica não apenas porque os juízes tenham diferentes conceitos sobre o que seja o Direito, mas, notadamente, por possuírem concepções diferentes sobre como ele deva atuar. Além disso, há o fato de os textos jurídicos serem, em geral, multívocos, com diferentes graus de generalidade e concretização (GUASTINI, 2001, p. 43-44).

Sem a compreensão sofisticada, a loteria judicial se apresentava como um entrave ao estabelecimento da acalentada isonomia. Com ela, por outro lado, denunciava-se a criação do referido monopólio linguístico por parte do Estado, que não se contentava com a criação das regras de conduta, mas, sobretudo, exigia a uniformidade interpretativa como forma de impor cientificidade a um ramo do conhecimento humano impreciso e, invariavelmente, discricionário (LINHARES, 2004, p. 69). Em uma palavra: retórico.

3 O papel dos juízes: *libertas* ou *longa manus* do Estado

A constatação da existência de uma natural divergência teórica sobre o Direito deu um valioso impulso à investigação que buscava entender o porquê de os juízes divergirem em suas sentenças. E para compreender as razões desse fato foi necessário assimilar a real dimensão da interpretação judicial.

Inicialmente, havia de se perguntar como o magistrado deveria atuar: se como *longa manus* do soberano de plantão, situação na qual sua liberdade de julgar fica à mercê de ingerências diversas por parte do poder público; ou se como *libertas*, com relativa autonomia em relação aos interesses do Estado, nem sempre coincidentes com os da sociedade (DALLARI, 1996, p. 10).

Sem a adequada noção do que o problema da interpretação representa, o legislador do Século XVIII e XIX não tolerou a pluralidade de compreensões do fenômeno jurídico. Assim, a possibilidade de decisões divergentes se transformou em uma suposta incoerência sistêmica, representando um risco à crença racionalista estabelecida.

Evidenciou-se, por conseguinte, uma radical redução da discricionariedade interpretativa proporcionada pela promulgação de uma legislação pretensamente perfeita que, de tão clara e evidente, não apenas dispensou, senão proibiu, a interpretação por parte dos juízes. A tarefa desses

profissionais passou a se limitar a determinar o alcance da norma, não mais o seu conteúdo.

Foi dessa forma que magistratura passou a se vincular de forma absoluta aos ditames da lei, reservando com exclusividade o papel de intérprete ao próprio legislador. Evitava-se, assim, não apenas a contaminação aristocrática dos ideários do regime deposto, uma vez que boa parte da magistratura nele se originou ou se forjou, como, ainda, permitia-se a perpetuação no imaginário popular do mito da lei como a razão escrita, dispensando a interpretação judicial. A deliberada apropriação do sentido das palavras foi, assim, a base de sustentação desse modelo jurídico.

Desde o estabelecimento da concepção cientificista do Século XIX, desenvolveu-se a ideia de que o processo judicial consistiria exclusivamente em encontrar e aplicar normas legais – tidas como capazes de definir e dirigir a esfera do comportamento humano tão exata e logicamente quanto um dia se supôs que as leis da física clássica dirigiam a natureza (SOBOTA, 1997, p. 252) – em um procedimento meramente silogístico subsuntivo.

O senso comum teórico dos juristas passou a considerar o Direito não como um elemento retórico, mas como um sistema geral de normas concretas, hierarquizadas, completas, autossuficientes, coerentes, vinculativas, democrática e exclusivamente promulgadas pelo Estado. Nesse ambiente, para caracterizar a certeza e a segurança jurídicas, seria primordial que os juízes julgassem única e exclusivamente de acordo com o texto legal, visando à pretendida uniformidade das decisões.

Com esse sentimento, as primeiras ondas modernas de codificação alcançaram a Europa ocidental, principalmente após o processo revolucionário burguês ocorrido na França. Esse quadro se diferenciou dos demais pelo fato de não serem projetadas apenas ordenações ou melhorias dos Direitos preexistentes, senão a reordenação sistemática e inovadora de todo o conhecimento jurídico. Seu pressuposto inicial era a convicção de que por meio da ação racional dos governantes seria realmente possível a criação de uma sociedade melhor. A codificação surgiu para os povos, assim, como um futuro promissor de um Estado verdadeiramente democrático e moderno.¹

1 Os primeiros códigos elaborados com essa concepção foram o Código Civil prussiano (*Preußisches Allgemeines Landrecht* [ALR]), de 1792, seguido pelo Código Civil francês (*Code Civil*), de 1804, e pelo Código Civil austríaco (*Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* [ABGB]), de 1811.

A racionalização das leis em códigos visou à sistematização de todos os problemas jurídicos. Ter-se-ia uma regra específica para cada situação. O código passou a ser o receituário para o operador do Direito, que dele não deveria se afastar. A modernidade do Estado alcançou sua plenitude com: *i*) o monopólio da produção normativa vinculativa; *ii*) a supremacia das fontes estatais; *iii*) a emancipação da ordem jurídica em função das demais ordens normativas, nomeadamente a religiosa; e por fim, *iv*) a dominação da técnica linguístico-interpretativa, na suposta inequivocidade legal.

Amorçou-se a magistratura por boa parte do Século XIX, em face da crença da existência de uma reta razão analítica aplicada ao Direito que dispensava intermediários. Os reflexos desse período se fazem notar ainda hoje no discurso que afirma serem os magistrados meros escravos da lei.

A completude do ordenamento não foi encarada pelo legislador iluminista como um dogma, mas como uma exigência do ideário de justiça, por representar a certeza, um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica. A Europa continental vivia um processo de fetichização legal.

O efeito da crença de que a ordenação das normas jurídicas em códigos era um bem em si foi o surgimento da **Escola da Exegese**, com especial admiração pela lei, que difundiu a ideia de que o Direito era fruto da redução analítica dos textos normativos corporificados nos códigos (ADEODATO, 1989, p. 59). Segundo essa escola, a racionalização das leis não permitia a ocorrência de lacunas em seu interior. Seu ideal de positivismo jurídico era a existência de uma ordem bem elaborada, com leis tão claras e completas que, no limite, permitisse que a Justiça fosse administrada por um autômato.

O reconhecimento da existência de lacunas na legislação, que hoje é um dado banal, mesmo para os não iniciados na matéria jurídica, representou, à época, a vitória da tese cética acerca da incompletude normativa e importou na necessidade da intervenção do juiz, por meio de instrumentos interpretativos auto e heterointegrativos, como o uso da analogia, da equidade e dos princípios gerais do Direito.

A possibilidade de intervenção do juiz na concretização do corpo de leis superou a questão da completude ou incompletude do ordenamento, pois em um sistema jurídico no qual ele estivesse autorizado a interpretar integrativamente não teria importância se o ordenamento fosse previamente completo, porque era, a cada momento, completável (BOBBIO, 1991, p. 146).

O dogma da completude integrou uma concepção ontologizante, abrangente e pretensiosa: a concepção que fez da produção e da interpretação jurídica um monopólio estatal-legislativo. Se tal ideal ajudou o nascimento do Estado Moderno, igualmente contribuiu para o seu fim ao pretender tornar o Direito, essencialmente dinâmico, em algo frio, intocável e imutável.

Os discursos céticos, que se insurgiram contra a impossibilidade da interpretação pela magistratura e contra o ideal da perenidade legal, utilizaram-se das lacunas da lei para demonstrar que o Direito era algo muito mais complexo e móvel para que um indivíduo ou uma assembleia, ainda que investida de autoridade soberana, pudesse pretender fixar de uma só vez os preceitos de modo a satisfazer todas as exigências da vida (IZAGA, 1999, p. 17).

A derrocada da modernidade demonstrou que a busca por um conhecimento objetivamente certo e inequivocamente codificado (no caso do Direito) tornou-se inócua. O direito ao exercício da interpretação legal foi, assim, mesmo a contragosto, devolvido aos magistrados, como reconhecimento da necessidade de uma melhor aplicação do Direito, uma vez que somente a interpretação permite o acompanhamento das mudanças sociais ocorridas com o decorrer do tempo.

Esse retorno representou a vitória do ideário sofista segundo o qual não é possível a existência de um ordenamento fixo e universal (GUIMARÃES, 1991, p. 83-84), bem como que o modo de produção do Estado, os influxos do regime político e inúmeras outras variantes influenciam inegavelmente a formação do Direito (MIAILLE, 1979, p. 96).

4 A interpretação como ato de prudência

O efeito dos diversos desenvolvimentos produzidos no limiar da modernidade foi o de colocar em dúvida concepções segundo as quais o homem pode compreender a realidade última pelo exclusivo exercício da razão analítica. O conhecimento passou a depender da perspectiva e da situação e o mundo passou a ser visto diferentemente pelos observadores, conforme as circunstâncias de cada qual.

Logicamente, os juízes não podiam ser agentes exclusivamente racionais ou objetivos (VANDEVELDE, 2000, p. 156). Esses profissionais perceberam

que não se poderia considerar os códigos como um corpo fixo de normas autoevidentes, dotadas de uma ontologia natural vinculativa (TROPER, 1995, p. 282), senão como um instrumento retórico em permanente evolução diante das circunstâncias históricas (BORDIEU, 1991, p. 95). A necessidade de interpretação, destarte, se sobrepunha à estereotipação.

Superado o dogma da completude e da inequívocidade dos textos legais, inicialmente foi admitido que julgar seria basicamente mensurar fatos e, sobretudo, interpretar signos normativos (SALDANHA, 1994, p. 72-73). Mesmo com essa redução conceitual, o brocardo *interpretatio cessat in claris* já não se sustentava em suas próprias razões. Afinal, quando se poderia afirmar que um signo era suficientemente claro? Quando claro o sentido dado pelo legislador ou quando claro o sentido atual para o juiz?

É cediço que uma regra de Direito deve ser interpretada dentro do contexto de um sistema particular (BOTERO, 1938, p. 228), e esse contexto pode obrigar a introduzir na leitura do texto regras gerais que lhe restrinjam ou ampliem o alcance, não necessariamente explicitadas (PERELMAN, 1996, p. 622). Dessa forma, para inferir se uma norma é ou não é clara, cessando a interpretação do magistrado, é necessário que ela mesma seja anteriormente interpretada, colocando por terra a lógica do brocardo (HABA, 1977, p. 133). O ato de interpretar deveria ter, portanto, uma conotação mais rica (BETANCUR, 1971, p. 202).

As dimensões política e ideológica do Direito fazem com que sua trajetória esteja constantemente permeada pelo conflito de valores, tais como: apresentação de provas ilícitas *versus* busca da verdade; liberdade individual *versus* interesse coletivo (WARAT, 1994, p. 20-21). As opções políticas do juiz passam a ser de capital importância no momento de dizer o Direito.

Por isso, interpretar não é simplesmente tornar mais claro o respectivo dizer legislativo (DASCAL, 1988, p. 203-204), abstratamente falando, senão, por vezes, produzir um sentido apropriado das normas. O ato de interpretar tem uma conotação mais rica. E isso também não se alcança se os juízes agem como meras caixas de ressonância das decisões dos tribunais superiores.

Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um código legal, logo após sua promulgação surgem dificuldades sobre a aplicação dos dispositivos redigidos. Uma centena de pessoas sábias e experimentadas é incapaz de abranger, em sua visão lúcida, a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens. Não perdura

o acordo estabelecido entre o texto expresso e a realidade. Fixa-se o Direito Positivo; a vida, porém, continua. Desdobra-se em eventos diversos, manifestando-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos (MAXIMILIANO, 2001, p. 10).

O uso dos processos hermenêuticos (KELSEN, 1999, p. 392), que constitui tarefa prévia à aplicação do Direito (ZACCARIA, 1989, p. 325), proporciona ao juiz descobrir não apenas aquilo que a norma pretende dizer, mas aquilo que diria se fosse possível ao legislador prever como plausível de ocorrer no futuro, quando de sua aplicação.

Essa faceta do exercício da interpretação, denominada de interpretação operativa (WRÓBLEWSKI, 1985, p. 35), decorre da abertura cognitiva do texto jurídico e foi histórica e amplamente combatida por aqueles que afirmam que tal fato subverte a organização do Estado, atenta contra o poder democrático do legislador e compromete a tripartição dos poderes.

Essa possibilidade de criação remete a uma antiga discussão jurídica. Sob a denominação de interpretação estática e interpretação dinâmica, questiona-se se o papel do magistrado é o de revelar ou o de atribuir valores à norma (MARMOR, 2000, p. 5). A interpretação estática visa a descobrir a vontade do criador da lei. A interpretação dinâmica, por seu turno, visa a interpretar o texto consoante lugares comuns (VIEHWEG, 1979, p. 29), tais como a equidade.

O problema é complexo. Na interpretação estática, o papel do magistrado se assemelha a de um historiador, substituindo o papel do cientista do Direito. Na interpretação dinâmica, corre-se o risco de se substituir a interpretação de *lege data* pela de *lege ferenda*, modificando-se a vontade do legislador pela do juiz.

A simples escolha de um método interpretativo carrega em si um conteúdo marcadamente político, cujas repercussões modificam substancialmente a decisão final. Uma opção pela interpretação literal, por exemplo, pode proporcionar ao magistrado solução distinta, inclusive antagônica, daquela proporcionada por uma interpretação teleológica.

Daí se infere que os processos interpretativos favorecem a um ou a outro valor em conflito em cada caso específico. O modelo escolhido, ao restringir ou ampliar o campo de aplicação da norma, pronuncia-se em favor de um desses valores contrapostos (PERELMAN, 2001, p. 71).

O momento da escolha da modalidade interpretativa pelo magistrado pode, inclusive, ser posterior àquele no qual, no seu íntimo, por regras próprias, já

tenha decidido a questão. Se o legislador iluminista tinha a real dimensão desse poder e por isso tanto o combateu, é difícil avaliar.

O certo é que essa visão vem ao encontro do que apregoa a perspectiva da hermenêutica jurídica contemporânea, segundo a qual a norma geral não mais produz a decisão ou sequer fixa os parâmetros dentro dos quais o intérprete atua, mas tão-somente serve de justificativa posterior para uma escolha feita diante do caso concreto e produzida por vias diferentes, que não se confundem com a norma alegada, ainda que o intérprete pense ingenuamente, ou alegue estrategicamente, dela partir (ADEODATO, 2007, p. 325).

A generalidade é uma das mais significativas características da lei, de modo a permitir sua aplicação em diversas situações sem a necessidade de grandes ajustes (ENDICOTT, 1997, p. 60). Ainda assim, para que, no momento da interpretação, a hipótese adequada e intuída pelo legislador apenas se “revele” ao aplicador, é necessário crer que todas as variantes possíveis de sua aplicação tenham sido anteriormente previstas. Nessa situação, o processo interpretativo judicial se assemelha ao processo de decodificação dos dados técnicos das famosas caixas-pretas das aeronaves.

Considerando-se que uma pane em determinado voo tenha sido provocada por um equipamento elétrico, essa informação, uma vez codificada, não permitirá ao intérprete da caixa-preta entender que a pane se deu por uma falha em equipamento hidráulico. A liberdade de interpretação do dado codificado fica limitada por um sentido previamente estabelecido pelo elemento codificante. Não há espaço para uma interpretação retórico-criativa, a menos que se queira burlar ou omitir um dado empírico. O trabalho técnico do intérprete, nesse caso, é meramente descritivo. Era essa a pretensão do legislador oitocentista, que tanto combateu a possibilidade de interpretações divergentes.

Uma concepção zetética do Direito defende que o juiz, diante do texto normativo, pode interpretá-lo criativamente (PEREZ, 1984, p. 47). Ressalte-se, entretanto, que não é dado ao magistrado interpretar o texto jurídico de modo tão heterodoxo que sua interpretação nada consubstancie senão a criação de novo texto diverso daquele interpretado (ADEODATO, 2002, p. 238-240). Assim, os limites da interpretação coincidem, em princípio, com o Direito pretendido pelo texto (ECO, 1990, p. 17). O juiz exerce seu poder de interpretar menos por uma reinvenção explícita da lei do que por uma maneira de qualificar os fatos.

Mesmo possuindo margem de apreciação, não exerce um poder de forma arbitrária. Deve evitar não apenas o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, na hipótese de tentar encaixar na regra escrita as teses pelas quais se apaixonara em quimeras interpretativas (HART, 1983, p. 126), de tal forma que passe a vislumbrar no texto ideias existentes apenas no seu sentir individual (MAXIMILIANO, 2001, p. 84). A interpretação judicial evidencia, assim, um antigo elemento a ser explorado no catálogo retórico do Direito: a **prudência** (*phronesis*).

Se, em geral, a interpretação permite caminhos que conduzem a vários resultados possíveis, a prudência é a bússola a ser utilizada nesse trajeto (BITTAR, 2003, p. 146). É assim, por exemplo, que a regra segundo a qual se a linguagem for clara e unívoca deverá ter eficácia jurídica é contraposta por outra segundo a qual não se adotará a interpretação literal quando puder levar a consequências absurdas ou prejudiciais, ou distorcer a finalidade manifesta (VANDELDE, 2000, p. 92; RADBRUCH, 1974, p. 231), como no exemplo do guarda que impede o atendimento a uma pessoa caída no jardim da praça porque existe placa proibindo que se pise a grama.

5 Da interpretação legal ao ativismo judicial

A perspectiva constitucional crítica desde cedo apontou para a necessidade da permanente concretização (HESSE, 1992, p. 42), no plano pragmático, da promessa constitucional por meio da interpretação judicial, em virtude do caráter meramente proclamativo da maioria dos textos existentes e da inação do legislador ordinário.

Ademais, é cediço que a consequência inevitável da positivação de todo e qualquer texto normativo, inclusive o constitucional, é o seu envelhecimento com o passar do tempo, uma vez que ele materializa uma fotografia social da correlação de forças hegemônicas em determinado momento histórico (SOUSA, 1979, p. 36). Sem a intervenção do aplicador do Direito, a Constituição tende ao vazio ou ao ostracismo (HESSE, 1991, p. 11).

Foi, portanto, a dinamicidade da operativa judicial que permitiu novas e atualizadoras abordagens, evitando a necessidade de revisões constantes,

denunciando textos constitucionais muitas vezes elaborados com meros ingredientes de utopia (MIRANDA, 2005, p. 11), e não mais vislumbrando na prática jurídica tão-somente o governo de premissas maiores e menores, corolários do silogismo clássico (BLANCHÉ, 1985, p. 25).

Evidenciou-se a certeza de que sequer o procedimento decisório de conflitos constitucionalmente estabelecidos era governado por normas universais, mas moldado e constituído por padrões mutáveis e auto-organizados, superando a crença de que o Direito é um sistema de normas explícitas, vale dizer, superando-se sua fachada normativa, inclusive a constitucional (SOBOTA, 1997, p. 251).

O olhar crítico do jurista prático constitucional, notadamente diante do pluralismo econômico e social, revelou que por trás da aparência ideologizante que envolve a Constituição apresenta-se, no fundo, uma profunda insinceridade normativa.

Desde o término da Primeira Guerra Mundial, o mundo tomou um ritmo veloz em sua mobilidade. Um torvelinho de inventos, descobertas, avanços técnicos, modificações culturais, acontecimentos políticos, lutas sociais, conflitos bélicos e novos fenômenos de organização social puseram em ebulição a maior parte das antigas sociedades em repouso. Com isso, a dissociação entre Constituição e realidade social transformou-se em problema notório, que a magistratura não poderia passar por alto (MONREAL, 1988, p. 30).

Como no período do combate ao dogma da completude e da inequívocidade legal, aos juízes coube o papel fundamental de serem agentes políticos atentos à realidade circundante. As falácias ideológicas (WARAT, 1994, p. 20-21), em face de suas cargas de convencimento, viabilizavam a defesa de valores abstratos e maleáveis em favor de ideologias dominantes.

Funcionavam como barreiras que mascaram contradições sociais, antagonismos inconciliáveis e a desigual distribuição do poder econômico, político e jurídico. Ao perceber que muitos dos dogmas constitucionais consagrados, como segurança e certeza jurídicas, neutralidade do Estado-juiz, autonomia da vontade e igualdade material das partes eram mais instrumentos de função persuasiva do que realidade social, a intervenção judicial se fez necessária.

A superestrutura econômica frequentemente cria e reproduz desigualdades no subsistema social, nos aspectos classe, gênero e etnia, demonstrando que a igualdade formal assegurada pela Constituição não corresponde à igualdade

material. A ficção de isonomia proporcionou que, na apreciação de determinado fato jurídico, fossem utilizados pesos e medidas diferentes na aplicação da lei, notadamente em face da situação individual dos envolvidos. Ora, se a igualdade jurídica que a Constituição intentava assegurar não encontra paralelo no dia a dia, então a ordem jurídica não estabelece a igualdade que pregou durante anos.

A questão da segurança jurídica também se apresenta como sendo outra manifestação da insinceridade do Direito, uma vez que, tal como posta, se opõe ao *topos* da justiça, principalmente quando se compreende que o fim ao qual se destina é o de normalmente garantir a aplicação de uma legislação feita em benefício de determinada classe que ocupa o poder. Por essa razão, afirmou-se que não se pode livrá-la da insegurança, eis que ela é a *conditio sine qua non* da própria liberdade (SCHMIDT, 1971, p. 48).

Essas constatações despertaram na sociedade um acentuado questionamento axiológico acerca do valor da Constituição e de suas funções, fruto de movimentos sociais que passaram a desafiar a rigidez lógico-formal do sistema jurídico, em um cenário desfavorável ao modelo de pensamento do Direito puramente dogmático.

Organizações populares, sindicais, comunitárias etc., mediante a politização de questões aparentemente técnicas, criaram fatos novos reivindicando direitos e abrindo caminhos a práticas contraditórias, que, sob o prisma constitucional, comprometem a integridade e a plenitude da ordem vigente.

Com a guarida da parcela de uma magistratura atuante e progressista, foram denunciadas as normas constitucionais supostamente avançadas, que prometiam mais do que podiam executar, propiciando ao homem comum desmedida frustração. Afinal, não é rara a existência formal de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e oferecem o que não podem cumprir (BARROSO, 1996, p. 59).

Outro fator que proporciona a não efetividade da Constituição é a ausência de regulamentação de diversos direitos sociais revestidos sob a forma de normas de eficácia contida, jamais disciplinadas, tal como o direito a greve dos servidores públicos, no Brasil. Tais normas revelam que o Estado não estava preparado para oferecer demasiados serviços e prestações sociais e econômicos à sociedade. Decidiu-se, então, por garantir esses direitos de modo programático, perdendo a Constituição certa juridicidade.

O recurso às normas programáticas, que pretendia reconciliar o Estado e a sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista, deslocou o eixo de rotação das Constituições nascidas durante a segunda fase do liberalismo, as quais entraram em crise. Uma crise que culminou com as incertezas e paroxismos da Constituição de Weimar, na qual se fez, por via programática, grande abertura para os direitos sociais (BONAVIDES, 1993, p. 210).

A estratégia do Estado não passou ao largo da percepção crítica. Positivando-se direitos em normas de caráter meramente programático, desestimulam-se suas buscas. A construção que permitiu o estabelecimento de normas programáticas no texto constitucional tem, dessa forma, um caráter reacionário. Nelas se erguem não apenas obstáculos à funcionalidade do Direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais. O que teria a sociedade a reivindicar já está contido na Constituição.

Não se dando conta da inocuidade da contemplação desses direitos sem garantias, a sociedade acomoda-se, alentada e entorpecida pela perspectiva de que esses mesmos direitos um dia venham a ser realizados (BASTOS, 1979, p. 130). A efetividade das normas constitucionais programáticas depende essencialmente de fatores políticos. E é o próprio Estado quem decide sobre a urgência dessa aplicação.

A leitura da história do Direito Constitucional reconhece os avanços alcançados pela sociedade no campo jurídico com esse instrumento. Essa mesma leitura, contudo, também revela a existência de normas que tão-somente materializam declarações bem intencionadas, com o nítido propósito de recusar eficácia e aplicabilidade às proposições cujas presenças no Texto Básico servem, quando muito, para emprestar-lhe um viés axiológico.

Daí o passo em direção ao ativismo judicial, por meio de magistrados que atam como *libertas* do Estado, sintetizando o sentimento de frustração constitucional na sociedade, em razão do permanente distanciamento entre o mundo normativo e o mundo real.

Nesse cenário, a magistratura atuante passou a visar não apenas aos interesses do Estado ou do indivíduo isoladamente, como foi na fase liberal, tampouco se deixou embriagar pelas promessas muitas vezes vazias oriundas da fase social-democrata constitucional.

E foi dessa forma que o ativismo judicial passou a se preocupar com o indivíduo inserido na sociedade, com direito subjetivo efetivo a ser tratado com

dignidade e a ter seu espaço privado, vivendo em melhores condições sociais. Essa atitude apontou para uma concepção procedimental da Constituição, mais adequada a uma nova época em que caíram em descrédito as grandes narrativas, legitimadoras de discursos científicos e políticos (GUERRA FILHO, 1993, p. 17).

6 Considerações finais

A reconstrução histórica do Estado legal/constitucional moderno pode ser sintetizada, por um lado, na deliberada busca da elaboração de um projeto racional de dominação linguística, tendo como protagonista o legislador racionalista europeu continental, que conseguiu, a um só tempo, amordaçar os juízes em seus papéis essenciais de intérpretes legais e proporcionar a sistematização de todo o conhecimento jurídico em direção à univocidade normativa, e, por outro, na resistência de uma parcela da magistratura que teve por bandeira os ideais céticos, ressaltando o abismo gnoseológico entre norma e fato social decorrente da abertura cognitiva dos textos legais e a necessidade da interpretação operativa.

A ultrapassagem do dogma legalista importou no reconhecimento de que as palavras não são inequívocas e que a interpretação operativa é imprescindível à fiel compreensão do discurso jurídico, pois funciona como critério de integração de lacunas e de calibração do texto legal, tornando-o apto a ser posteriormente aplicado em situações diversas nas mais distintas épocas. O uso da *phronesis*, por sua vê, permite à magistratura a perfeita compreensão da isostenia (ADEODATO, 2002, p. 336) argumentativa, a ponderação dos valores em oposição e a escolha de uma melhor solução para o problema enfrentado.

A lei não rege tudo, como afirmavam os adeptos da completude, pois não pode prever todas as situações futuras, e, em determinadas hipóteses, sua aplicação literal compromete a própria razão e a equidade. A interpretação operativa permitiu ao magistrado a leitura das leis de modo a ajustá-las aos valores que elas visam a consagrar.

Além disso, antes de se revelar como provocadora de uma situação conflituosa, a pluralidade das soluções possíveis proporciona ao juiz escolher aquela que mais se adapte à tese que tenha em mente para a solução do caso. Dessa forma, as técnicas de interpretação são um elemento essencial na medida em que

permitem conceituar, por meio da prudência, o que dita o juízo de equidade (PERELMAN, 1996, p. 632).

Não se deixa de reconhecer, por outro lado, que a possibilidade de interpretar operativamente a lei e o reconhecimento da validade do ativismo judicial proporcionam aos juízes um poder extraordinário (TROPER, 2006, p. 46). Por tal razão, a independência necessária que lhes é necessária para o exercício de seu mister é diretamente proporcional às suas responsabilidades sociopolíticas, devendo observância a controles sociais institucionalizados, como o Conselho Nacional de Justiça, suficientes para lhes coibir os abusos e os desvios (PASSOS, 2000, p. 106).

E, finalmente, nem se diga que, inexistindo regra hermenêutica obrigatória prefixada à solução do conflito, sendo livre o convencimento do magistrado, o Direito não apresente decisões melhores que outras para cada caso, senão apenas decisões semanticamente diferentes (KELSEN, 1999, p. 396), mas juridicamente equivalentes.

A crença na inexistência de respostas melhores que outras no campo jurídico, aliada ao fato de que a opção do juiz entre um ou outro caminho a percorrer no processo é fruto exclusivo de sua vontade política, conduz à ideia de que o Direito depende exclusivamente do humor do magistrado (HART, 1983, p. 131), o que não se pode admitir.

Ao contrário disso: é exatamente a liberdade de que deve dispor o juiz que lhe permite dar ao problema jurídico uma resposta que se aproxime de valores éticos, por meio de atitudes prudentes de um profissional social e politicamente engajado. Admitindo-se o Direito como uma tentativa de realização de um ideal de justiça (RADBRUCH, 1971, p. 14; PERELMAN, 1966, p. 171-172), concebida essa como uma virtude, ou como uma ética da tolerância (ADEODATO, 2002, p. 183), não prevalece a crença da equivalência dos juízos nas decisões judiciais.

Pode até ocorrer que na sentença inexista preocupação com a justiça material de qualquer espécie, e que o raciocínio empregado conduza apenas a mais uma interpretação, sobretudo se se tratar de juiz apegado ao julgar tradicional, temeroso da jurisprudência, com excessivo culto à rotinização e à regularidade procedimental da profissão, agindo sempre com base em princípios inflexíveis, oportunizando soluções mecânicas dos conflitos (PORTANOVA, 2000, p. 57), situação na qual o ideal de segurança se confunde com o ideal reacionário.

É, contudo, exatamente esta a verdadeira loteria judicial: a que proporciona às partes encontrarem juízes que tenham compromissos com uma ética do bem, e não apenas com a letra fria da lei. A contemporaneidade jurídica trouxe consigo duas inexoráveis constatações: a de que a liberdade de interpretação possibilita, sem risco sistêmico, a coexistência e a imposição de decisões distintas sobre um mesmo caso, superando a tese da resposta única legal; e a de que a decisão de agir como *libertas* ou *longa manus* é uma opção pessoal do magistrado, fruto de suas aspirações, ideologias e idiosincrasias.

Referências

- ADEODATO, João Maurício Leitão. **O Problema da Legitimidade**. No rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- _____. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. _____. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- BETANCUR, Cayetano. La Interpretación de la Ley. **Revista de la Universidad Pontificia Bolivariana**, Medellín, n. 111, v. XXXII, 1º e 2º trimestre, 1971.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BLANCHÉ, Robert. **História da Lógica**: de Aristóteles a Bertrand Russell. Trad. António J. Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1985.
- BLUMENBERG, Hans. **Las realidades en que vivimos**. Trad. Pedro Madrigal. Barcelona: Novagràfik, 1999.

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 2. reimp. São Paulo-Brasília: Polis/UnB, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BOTERO, Eduardo Uribe. De la interpretación y de la aplicación de la ley. **Revista de la Universidad de Antioquia**, Medellín, n. 25, tomo VII, julho 1938.
- BOURDIEU, Pierre. Les Juristes, gardiens de l'Hypocrisie Collective. **Normes Juridiques et Régulation Sociale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991.
- COLEMAN, Jules L. Truth and Objectivity in Law. **Legal Theory I**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- CUPANI, Alberto. **A Crítica do Positivismo e o Futuro da Filosofia**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1985.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DASCAL, Marcelo. WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and Doubt. Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law. **Law and Philosophy**, Amsterdam, n. 7, v. 2, 1988.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. Lisboa: Difel, 1990.
- ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness and Legal Theory. **Legal Theory**, Oxford, n. 3, 1997.
- GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- GUASTINI, Riccardo. Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione. **Ragion Pratica**, Roma, n. 17, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Estado de Direito e o Judiciário na Pós-modernidade. **Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 11/12, n. 1-2, jan./dez. 1993.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Direito Natural**. Visão Metafísica & Antropológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

HABA, Enrique P. En torno al concepto de la interpretación literal. **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, n. 33, setiembre-diciembre 1977.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983.

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

_____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

IZAGA, Maria Cristina Gómez. Aspectos ideológicos de la interpretación constitucional – Elementos a considerar en el momento de analizar las decisiones de la jurisdicción constitucional. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana**, Medellín, n. 101, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LINHARES, José Manuel Aroso. O Logos da Juridicidade sob o fogo cruzado do Ethos e do Pathos. Da convergência com a literatura (Law as literature, literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as musical and dramatic performance). **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXX, 2004.

MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação**. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. **Anuário do Mestrado em Direito**, n. 5. Recife: Universitária da UFPE, 1992.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral**. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERELMAN, Chaïm. La Idea de Justicia, en sus Relaciones com la Moral, el Derecho y la Filosofia. **Crítica del Derecho Natural**. Madrid: Taurus Ediciones, 1966.

_____. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREZ, Joaquim Salvador Ruiz. Juez y Sociedad. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 332, Janeiro 1984.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. **Derecho Injusto y Derecho Nulo**. Madrid: Ema, 1971.

_____. **Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

SALDANHA, Nelson. **Estudos de Teoria do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SCHMIDT, Eberhard. La Ley y los Jueces. **Derecho Injusto y Derecho Nulo**. Madrid: Ema, 1971.

SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma. Trad. João Maurício Leitão Adeodato. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária da UFPE, 1997.

SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Braga: Cruz, 1979.

TROPER, Michel. Constitutional Justice and Democracy. **Cardozo Law Review**, Nova York, n. 2, v. 17, Dez. 1995.

_____. **La Théorie du Droit, le Droit, l'État**. França: Presses Universitaires de France, 2001.

_____. **Le Gouvernement dès Juges, Mode d'Emploi**. Quebec: Les Presses de l'Université Laval, 2006.

VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um Advogado**. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei – Temas para uma Reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1).

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y Teoria General de la Interpretación Jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

ZACCARIA, Giuseppe. L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporanea. **Rivista de Diritto Civile**, Padova, ano XXXV, n. 3, Maggio-Giugno, 1989.

O Ativismo Judicial e um Novo Marco Jurídico-gerencial Democrático

Juliano Ribeiro Santos Veloso*

1 Introdução. 2 Predisposição à intervenção. 3 Implicações concretas e formas de participação. 4 Novo marco teórico. 5 Conclusão.

Resumo

O ativismo judicial surge em função do distanciamento entre os desideratos constitucionais e as políticas públicas vigentes. Há uma predisposição de intervenção do Judiciário em termos de garantias de direitos nas políticas públicas, o que causa uma readequação nos limites da liberdade (discrecionabilidade) do gestor público. Por outro lado, as implicações concretas destas intervenções nem sempre podem gerar o resultado esperado, porquanto há uma extensa gama de inter-relações envolvidas que nem sempre estão conscientemente tratadas nas decisões. Diversos são os atores sociais intervenientes (associações, sindicatos, Ministério Público, magistrados, acadêmicos, entre outros) e formas de participação social na gestão devem estar delimitadas. Nesse contexto, partindo da Constituição Federal de 1988, um novo marco teórico deve ser capaz de criar um campo fértil no sentido do desenvolvimento da experiência

* Procurador federal da Advocacia-Geral da União. Pós-graduado em Gestão de Negócios/*Banking* pela Fundação Dom Cabral. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Luiz Flavio Gomes/Universidade da Amazônia (Unama). Bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo de Minas Gerais/Fundação João Pinheiro. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

jurídico gerencial das políticas públicas. Este artigo tentará demonstrar a importância e a forma de criação deste necessário modelo de atuação.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Controle de políticas públicas. Direito Administrativo Constitucional. Judicialização. Efetivação de Direitos.

Abstract

Judicial activism emerges as a function of distance between the desiderata constitutional and public policy in force. There is a predisposition of judicial intervention in terms of guarantees of rights in public policy, which causes a realignment within the limits of freedom (discretion) of public officials. On the other hand, the concrete implications of these interventions can not always generate the expected result, since there is a wide range of inter-relationships involved that are not always consciously addressed in the decisions. Many social actors are involved (associations, unions, prosecutors, judges, academics, among others) and forms of social participation in management should be defined. In this context, starting with the 1988 Federal Constitution, a new theoretical framework should be able to create a fertile ground for the development of legal experience management of public policies. This article attempts to demonstrate the scale and form of establishment of the necessary performance model.

Keywords: *Judicial activism. Control of public policy. Constitutional Administrative Law. Judicialization. Effectiveness rights.*

1 Introdução

O ativismo judicial surge em função do distanciamento entre os desideratos constitucionais e as políticas públicas vigentes. Há uma predisposição de intervenção do Judiciário em termos de garantias de direitos nas políticas públicas, o que causa uma readequação nos limites da liberdade (discricionariedade) do gestor público.

Por outro lado, as implicações concretas dessas intervenções nem sempre podem gerar o resultado esperado, porquanto há uma extensa gama de inter-relações envolvidas que nem sempre estão conscientemente tratadas nas decisões. Diversos são os atores sociais envolvidos (associações, sindicatos, Ministério Público, magistrados, acadêmicos, entre outros), e formas de participação social na gestão devem estar delimitadas.

Nesse contexto, partindo da Constituição Federal de 1988, um novo marco teórico deve ser capaz de criar um campo fértil no sentido do desenvolvimento da experiência jurídico-gerencial das políticas públicas. Este artigo tentará demonstrar a importância e a forma de criação desse necessário modelo de atuação.

Em um primeiro momento, será necessário caracterizar essa predisposição do Poder Judiciário em agir em face do distanciamento entre as políticas públicas e as necessidades sociais.

Em seguida, serão exemplificados os problemas das relações nem sempre conscientemente tratadas, e como a participação social pode ajudar a minorar esses problemas adversos.

Por fim, diante desse contexto, será proposta uma releitura dos institutos básicos do Direito Administrativo, de modo a permitir a criação de um marco jurídico-gerencial democrático e adequado.

2 Predisposição à intervenção

O ativismo judicial é um fenômeno mundial, conforme demonstra Gauri e Brinks (2008), citados por Abramovich e Pautassi (2009). Não há prevalência do político sobre o jurídico, e vice-versa. Em pesquisa realizada em alguns países, como Brasil, África do Sul, Índia, Nigéria e Indonésia, ficou demonstrado que o ativismo judicial vem justamente atuar como um “sistema de alarme”, permitindo a realização de “compromissos incompletos”, tendo em vista a opinião pública e os atores sociais relevantes (GAURI; BRINKS, 2008; NELSON; DORSEY, 2006 *apud* ABRAMOVICH; PAUTASSI 2009, p 44 a 49).

Justamente nas situações em que o sistema político tem um determinado nível de institucionalização, o ativismo judicial apresenta melhores resultados:

En la mayoría de los casos estudiados, la intervención judicial no aparece como una vía para debilitar el sistema político, sino que por el contrario, parece presuponer un cierto nivel o capacidad de reacción de los actores políticos para lograr efectividad, incluso apunta a resolver problemas de rendición de cuentas o debilidad en la atribución de responsabilidades entre las agencias públicas. (ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009, p. 49). (grifei).

O ativismo judicial não é necessariamente bom ou ruim. Isto é, cada caso é um caso. Há diversos casos positivos e diversos negativos. Muitas vezes, a disponibilização de medicamentos pelo Judiciário vem suprir uma deficiência do sistema de saúde pública. Todavia, por outro lado, a litigância pode ser inclusive uma estratégia da indústria farmacêutica para vender mais remédios. Há decisões judiciais determinando o fornecimento de remédios que possuem equivalentes genéricos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o que é uma aberração.

A doutrina da aplicação dos direitos sociais varia entre dois polos. Alguns entendem que os direitos sociais não seriam direitos, e outros que entendem que seriam direitos públicos subjetivos.

Esta diferença estrutural entre os direitos sociais e os direitos de liberdade deu lugar a diversas concepções sobre o conceito e a estrutura dos direitos sociais. Estas concepções se movem em um amplo espectro, que vai desde aquelas que, como a de Atria, pregam a impossibilidade de entender estes direitos em um sentido jurídico e propõem um entendimento apenas político destes, até aquelas outras que tentam tornar viável uma concepção dos direitos sociais como direitos subjetivos juridicamente aplicáveis. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2010, p. 151).

Nesse contexto, o ativismo judicial vem justamente demonstrar uma crescente preponderância daqueles que entendem que os direitos sociais são direitos públicos subjetivos.

É pacífico o entendimento de que o ato administrativo¹ pode e deve ser controlado no que tange a legalidade ampla ou juridicidade, devendo ser

1 Filiamo-nos à corrente cujo entendimento caminha no sentido de que não há critério diferenciador entre um ato político ou ato de governo puramente dito e um ato administrativo.

respeitado o mérito (conveniência e oportunidade) da Administração. No caso concreto, tendo em vista a teoria dos motivos determinantes, é possível verificar onde termina a discricionariedade, e onde começa a ilegalidade. Isto é, o mérito não pode servir como um salvo conduto ao controle jurisdicional e social.

A política é o início e o fim do Direito. A política deve ter seu espaço legítimo de determinação dos desejos sociais respeitados, mas não pode servir como um escudo ao Direito de modo a impedir a realização dos desideratos constitucionais. O ativismo judicial representa a aplicação de um direito substantivo e a forma é um instrumento do Direito material, não um fim em si mesmo. Na verdade, o político, o jurídico e o técnico convivem harmonicamente. Não deve haver sobreposição de um pelo outro. Cada uma dessas variáveis ocupa seu espaço no processo de formulação/implementação das políticas públicas e controle pelo Judiciário.

Os direitos sociais/fundamentais constitucionalmente previstos são perenes a qualquer governo, sendo vedado seu retrocesso, conforme leciona a melhor doutrina. Contudo, necessário se faz ir mais além, buscando a concretização do princípio da realização progressiva. A sociedade não mais se contenta com ineficiências ou a prestação de serviços sem adequação, e a realização progressiva dos direitos deve ser uma realidade.

Diante desse contexto, o ativismo judicial decorre da própria ineficiência do Estado; decorre da própria incapacidade em realizar os fins constitucionalmente almejados. Representa, na verdade, um sinal de alerta para a Administração.

Essa ineficiência começa na própria gestão dos recursos do orçamento, como no problema do contingenciamento dos recursos financeiros (PINTO, *in* FORTINI; ESTEVES; DIAS, 2008, p. 69-105).

Não há respostas no campo abstrato para assegurar a aplicação dos direitos sociais por meio dos juízes, e até que ponto esses direitos podem ir. Somente no caso concreto será possível verificar em que situações há falácia e em quais deve haver juízo de razoabilidade.

Definitivamente, houve uma readequação entre o que é jurídico e o que não é jurídico. E o ativismo judicial representa um fenômeno de expansão dos limites do objeto do Direito, que por sua vez ganha sustentação teórica em correntes como a do neopositivismo ou constitucionalismo da realidade. Neste contexto, muitas dificuldades surgem.

3 Implicações concretas e formas de participação

O valor Justiça muitas vezes excede a judicialização e muitas vezes é inimigo dela. Os tribunais podem não ser o melhor local para solucionar diversos problemas de implantação de políticas públicas. Os tribunais têm dificuldade de estabelecer a conduta devida pela Administração, tendo em vista tratar-se de questões políticas e técnicas, de competência e de jurisdição, e haver falta de jurisprudência acerca dos temas. São inúmeras as variáveis envolvidas:

La evaluación de los efectos posibles de un proceso de judicialización de las políticas dependerá de la ponderación de numerosos factores: el alcance del reconocimiento de estos derechos en la Constitución y en las leyes; la interpretación constitucional de las obligaciones que originan; la capacidad de actores sociales relevantes para actuar en representación de los intereses de grupos discriminados o excluidos; la accesibilidad física, material y cultural de los tribunales; el grado de organización y fortaleza de la sociedad civil y su experiencia y capacidad técnica para hacer uso de las herramientas legales; la mayor predisposición de los tribunales a enfrentar este tipo de cuestiones; los sistemas de procedimientos más abiertos o cerrados, y el tipo de remedios o órdenes que los jueces están habilitados para disponer; los mecanismos de selección de jueces y la independencia e imparcialidad de los tribunales respecto del poder político y de ciertos actores sociales relevantes en estos casos; el grado de desarrollo de los sistemas de seguridad social y las capacidades de respuesta del gobierno, del Congreso, y de las burocracias del Estado a las demandas de prestaciones prometidas en los textos jurídicos; entre otros muchos asuntos. (ABRAMOVICH, 2009, p. 42).

Diante dessa complexidade, necessária se faz a qualificação dos juízes e de outros operadores do Direito para que entendam os fenômenos econômicos, políticos, financeiros e sociais sob a óptica jurídica. Os juízes não são onipotentes ou onipresentes, necessitam de qualificação adequada, até mesmo para entender laudos técnicos. Na fundamentação das decisões judiciais, será possível determinar se estará cumprindo o limite da legalidade ou não. Um governo de juízes é uma distorção do regime democrático. E a sociedade deve estar atenta a isso:

Este modelo constitucional demanda por ello de los jueces un grado mayor de responsabilidad en la fundamentación y argumentación de sus decisiones, pues el sistema político en su conjunto asume la tensión de no reemplazar arbitrio político por arbitrio judicial.

De allí la importancia de la aplicación de principios claros de interpretación constitucional, que, por supuesto, no eliminan los considerables márgenes de discreción y valoración de los jueces, pero que al menos sujetan la interpretación constitucional a ciertas reglas de argumentación. (ABRAMOVICH, 2009, p. 6).

Trata-se de um caminho sem volta. A democracia, os direitos humanos e o desenvolvimento são elementos interconectados e interdependentes. Apesar das dificuldades em uma perspectiva teórica de aplicação, o enfoque de direitos, isto é, o reconhecimento de direitos por parte do Estado, de modo a balizar as políticas públicas, e seu reconhecimento judicial são um caminho para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Constituição:

Por ejemplo, la Comisión Económica para América Latina (Cepal) de Naciones Unidas ha señalado en un trabajo reciente que “la titularidad de los derechos debe guiar las políticas públicas. Se trata de orientar el desarrollo conforme al marco normativo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, plasmado en acuerdos vinculantes, tanto nacionales como internacionales. Esto exige a su vez un contrato o pacto social que debe materializarse políticamente tanto en la legislación como en políticas públicas” (CEPAL, 2006: 14). Agrega el trabajo que resulta fundamental contar con organismos del Estado que sean competentes política y técnicamente, a fin de que los derechos sean más exigibles, es decir que se garantice la existencia de mecanismos jurídicos y de política pública para que las personas puedan exigir la titularidad de sus derechos [...]

Este aparente consenso muestra en rigor un profundo disenso, en tanto la definición de la pobreza, como sus causas, son fundamentales a los efectos de diseñar políticas para su superación, y si bien el consenso está puesto en pensar en derechos como vía superadora, el disenso se encuentra precisamente en las causas del fenómeno pero también en el contenido de los derechos recomendados y un desconocimiento de los estándares contenidos en cada derecho. (ABRAMOVICH, 2009, p. 293).

Nas estratégias de desenvolvimento e redução da pobreza, é reconhecida amplamente a importância de dotar de poder os setores excluídos e pobres por meio do reconhecimento de direitos, quer seja pelo Executivo, quer pelo Judiciário.

Há uma mudança de beneficiários/usuários/clientes para titulares de direito.

O direito é um valor ético e político que corre o risco de ficar na retórica se não existir exigibilidade por parte dos seus titulares (sindicabilidade, justiciabilidade ou exigibilidade judicial), o que pressupõe uma técnica de garantia por meio de ações judiciais, ativando mecanismos de responsabilidade. Isto é, o reconhecimento de direito é um reconhecimento de um campo de poder no qual está limitada as margens de ação dos sujeitos obrigados.

O indivíduo é sujeito ativo do desenvolvimento econômico e social (Declaração sobre o direito ao desenvolvimento econômico e social – Resolução 41/128, de 4 de dezembro de 1986, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas). E para exercer esse papel, ocupando seu espaço, a tutela dos direitos é de fundamental importância, mesmo tendo em vista as dificuldades na construção da experiência jurídica. O primeiro passo na garantia dos direitos públicos subjetivos em termos de políticas públicas é reconhecer a necessidade de enfrentamento dessas dificuldades.

4 Novo marco teórico

Diante dessa complexa realidade, necessária se faz a tradução das demandas sociais para a óptica dos direitos Administrativo e Constitucional. No Direito Penal, os operadores do Direito já internalizaram o termo “política”, quando tratam da política criminal. Nos Direitos Administrativo e Constitucional, aos poucos, a efetivação das políticas públicas vem ganhando destaque.

O ativismo judicial pode e deve ser traduzido em termos de pressupostos básicos do Direito Administrativo para sua real compreensão e correto encaminhamento das questões postas pelo operador do Direito. E, nesse sentido, uma proposta de releitura do ato e processo administrativos deverá ser feita.

Não basta mais que o ato administrativo observe somente a finalidade pública, produzindo efeitos jurídicos, como seu elemento. Mister se faz que haja um sexto elemento, qual seja, o “resultado” concreto.

O ato administrativo passaria a ter então os seguintes elementos:

- a) sujeito/competência;
- b) objeto (produção de efeitos jurídicos);
- c) forma;
- d) motivo;
- e) finalidade (descrição do interesse público primário);
- f) resultado (objetivo concreto).²

A doutrina atual discute a efetividade dos direitos sociais de forma perplexa, sem considerar o fundamento capaz de permitir a compreensão sistemática dentro do Direito Administrativo.

Há uma tendência tanto no Judiciário quanto na doutrina em reconhecer eficácia imediata àquelas normas que até então dependiam de um programa para ser realizadas. Diversos textos esbarram na perplexidade e nas inter-relações provocadas pelo assunto, sem que haja uma sistematização no âmbito jurídico.

A compreensão dos fenômenos econômicos, sociais e culturais e a repercussão jurídica destes necessariamente passam pela compreensão de que o resultado faz parte do ato administrativo.

Pergunta-se: como será possível mensurar em termos quantitativos ou qualitativos uma política pública se não for entendido que o resultado faça parte dessa política?

A título de ilustração, José dos Santos Carvalho Filho (*in* FORTINI; ESTEVES; DIAS, 2008, p. 107-125) entende que pedidos genéricos não são possíveis juridicamente, não atendendo os requisitos das condições da ação. Ele exemplifica que pedidos como “[...] Construção de uma escola em cada bairro da cidade; ou o asfaltamento de todas as estradas da região [...]” são juridicamente impossíveis, porquanto o Judiciário não poderia expedir decisões obrigando a Administração a realizar essas decisões.

Por isso, o “resultado” como elemento do ato administrativo deve ser descrito em sua especificidade, não podendo ser genérico.

O “resultado” deve ainda ser mensurável quantitativa ou qualitativamente.

2 Carvalho Filho (2010) entende que a finalidade e o objeto seriam vetores do resultado. O objeto seria o fim imediato, ou seja, o resultado prático, e a finalidade seria o fim mediato ou o interesse coletivo. Por isso, entendo que o resultado deve ser um sexto elemento. Barroso (2009, p. 82) faz uma interessante distinção entre eficácia jurídica e eficácia social.

O “resultado” deve ser atingível/alcançável e realista. Não é possível que um ato seja planejado sem que seja verificada a possibilidade fática de ser realizado.

E, por fim, o “resultado” deve ser determinado em um tempo específico.

Em outras palavras, são características do elemento “resultado” do ato administrativo: ser específico, mensurável, atingível/alcançável, realístico e em um prazo determinado.

Por outro lado, o ato administrativo deve ser visto inserido no processo administrativo, porquanto aquele faz parte deste. A doutrina é uníssona em dizer que o processo administrativo não só contempla uma forma contenciosa, na verdade é muito mais amplo. Na tentativa de definir esse processo administrativo não contencioso, são trazidas algumas definições acerca de políticas públicas, e, em seguida, é exemplificado o processo administrativo não contencioso:

Políticas públicas, por conseguinte, são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades. Vale a pena explicar o conceito.

Diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao *modus faciendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas; prioridades são as metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos para alcançar seus fins.

As metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes. Por fim, temos os elementos mobilizadores, ou seja, as causas responsáveis pelas políticas públicas. De um lado, as demandas sociais, políticas e econômicas, representando os fatos que, em determinado lugar e tempo, rendem ensejo à perseguição de metas específicas. De outro, os anseios das coletividades, que é o que resulta das vontades coletivas, vale dizer, os resultados que, efetivamente, podem causar satisfação às pessoas em geral. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 110-111) (grifei).

[...] o ciclo de políticas públicas, que, na rotina, apresenta em etapas agregadas ou não a concepção, o planejamento, o orçamento, a hierarquização e a execução de ações, a avaliação, o controle e a realimentação do processo, deve ser cumprido de forma compartilhada entre os entes

federativos, com a participação da sociedade, desafiando, portanto, a capacidade de formação de consensos em arenas de maior visibilidade e em território, por vezes, emocional de discussão de temas cadentes. (PIRES, *in* FORTINI; ESTEVES; DIAS, 2008, p. 180-181). (grifei).

Mas a mudança de paradigmas está em vias de se superar em seus resultados a partir de uma **nova categorização jurídica das políticas públicas como um complexo de processos**, que, partindo da formulação de atividades coerentes finalisticamente vinculadas, passam pelo **planejamento, orçamentação e chegam à execução dos cometimentos administrativos postos constitucionalmente a cargo do Estado**.

Com a definição desse complexo de processos administrativos encadeados, as fases políticas e administrativas se tornam mais nítidas, sem perder sua unidade, **de modo a permitir a clara incidência dos controles adequados sobre cada uma delas**, mas garantindo-se sempre o controle judicial, não importa em que fase, sempre que houver direito subjetivo ameaçado ou violado. (MOREIRA NETO, *in* FORTINI; ESTEVES; DIAS, 2008, p. 58). (grifei).

O aperfeiçoamento do controle judicial das políticas públicas, preconizado agora por inúmeros juristas no exterior e no Brasil, **não deve ser entendido como a substituição do político e do administrador pelo juiz, mas, precisamente, no reconhecimento de que cabe a este zelar pelo Direito e não apenas pela lei [...]**.

Assim, como o Direito não tolera o arbítrio, tampouco há de aceitar as suas nefastas conseqüências, como as mazelas referidas do desperdício, da malversação, da corrupção, da ineficiência e da omissão do Estado administrador.

Uma última mudança de paradigmas a recordar toca ao modo de administrar os interesses públicos, consistindo na distinção, cada vez mais nítida, **entre as fases complexas de formulação e de execução da política pública, admitindo, em uma e outra, por instrumentos próprios, a participação de entes da sociedade**, caracterizando-se a abertura de um fértil ciclo de administração pública consensual, em que parcerias e toda sorte de relações de cooperação facilitarão imensamente, pelo menos, o controle da execução, quando não o da própria formulação de políticas em marcha.

Por derradeiro, essa aproximação entre os complexos de sistemas públicos e privados, de Estados e de sociedades plurais e fragmentados, tão bem renunciada por Massimo Severo Giannini, vem **facilitar a desejável multiplicação de controles, externos e internos, públicos e privados, de**

fiscalização e de correção, de toda sorte e natureza, com imenso proveito para a sociedade, sem que se venha a suscitar qualquer preocupação com uma eventual duplicação, superposição ou superfetação, pois é mais conveniente que abundem do que faltem, ainda porque, a cláusula geral de acesso ao Judiciário será sempre a solução final para os conflitos. (MOREIRA NETO, *in* FORTINI; ESTEVES; DIAS, 2008, p. 63-64). (grifei).

Em resumo, políticas públicas são arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando adequar meios e fins. (BUCCI, *in* FORTINI; ESTEVES; DIAS, 2008, p. 251). (grifei).

Neste ponto, percebe-se que todos os autores acima definem a política pública como um processo, um conjunto de atos. A doutrina francesa chama esse processo de “administrativo não contencioso”. Prefiro chamá-lo de “processo administrativo de resultado”. Alguns autores da doutrina brasileira nomeiam esse processo administrativo de “gracioso”, contrapondo-o ao processo administrativo contencioso.

Os limites entre a ilegalidade e a discricionariedade, dentro do ativismo judicial, está na compreensão desse processo administrativo não contencioso em conjunto com o ato administrativo voltado para o resultado. Esse processo está presente em diversos textos legais, como a Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990. O art. 18, I, dessa lei é bem exemplificativo e representa o que seria o mais abrangente em termos de processo administrativo não contencioso:

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I – planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

Em síntese o processo administrativo não contencioso pode ser assim descrito: planejar, executar, controlar e avaliar.

O planejamento, a execução, o controle e a avaliação, apesar de previstos em leis, são simplesmente ignorados pelos operadores do Direito, o que permite gerar decisões judiciais descompassadas com a realidade.

O que se reclama hoje é que as normas, além de produzirem eficácia jurídica, produzam eficácia social. Que o Direito não seja apenas expressão da forma, mas seja materialmente reconhecido. Nessa linha, há um longo caminho

para que a experiência jurídica forneça respostas, mas é possível dizer que o caminho começa rediscussão do Direito Administrativo nos seus institutos mais básicos: o ato e o processo administrativo.

Nessa linha, o reconhecimento do sexto elemento, “resultado”, do ato administrativo, bem como do processo administrativo não contencioso ou de resultado descrito em diversos textos legais, visa atender essa lacuna teórica.

Necessário se faz dissecar as políticas públicas em termos do processo administrativo não contencioso previsto nos diversos textos legais, de modo a permitir a delimitação da discricionariedade no detalhe de cada política pública, seja ela de saúde, de educação ou mesmo econômica, monetária, etc.

Lugares comuns, sejam eles nas jurisprudências ou na doutrina, não contribuem para a evolução do Direito. Necessário se faz ir mais além, como dito por Diogo Figueiredo Moreira Neto.³ As pesquisas jurídicas devem sair das bibliotecas para o campo de trabalho, de modo a poder mapear as variáveis intervenientes, conferindo relevância ou não, sob a óptica jurídica.

Padrões de experiências devem ser delimitados à luz das melhores práticas. Fenômenos econômicos, políticos e sociais devem ser interpretados sob a óptica jurídica. Não há como utilizar o método sociológico, o econômico ou o político no Direito, mas o reconhecimento desses pontos de ligação impõe que a interdisciplinaridade seja reconhecida e entendida sobre a óptica do Direito e de sua efetividade.

Esse raciocínio é inclusive respaldado pelo art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, que, ao fixar os requisitos para a repercussão geral, estabelece a necessidade de se verificarem questões relevantes do ponto de vista econômico, político e social, demonstrando que esses fenômenos devem ser compreendidos sob a óptica da aplicabilidade jurídica.

3 “Duzentos anos de progresso do Direito Administrativo produziram extraordinários frutos em prol da racionalidade e da moralidade nas atividades da burocracia, mas o necessário prosseguimento dessas conquistas exigirá que se adentre essa zona cinzenta, indefinida, volúvel e desafiadora, que se situa mais além: no espaço que vai da política à administração pública, onde se encastelou o arbítrio nos Estados contemporâneos, com a sua corte de mazelas. Para tanto, é mister, desde logo, reconsiderar a missão do Direito Administrativo a partir de suas próprias conquistas, repensando tanto a sua nova dimensão pós-moderna quanto o instrumental que será necessário para provocar mais um salto qualitativo – desta feita, visando ao controle do ciclo de políticas públicas, um conceito ainda em formação, mas que oferece um aberto desafio ao Direito em razão da resistência de seu núcleo duro, impérvio ao *judicial review*, não obstante os avanços do *hard look review* em prática no direito norte americano e em todo mundo, até mesmo porque expressiva parcela da classe política ainda resiste ao que considera uma perda de poder.” (MOREIRA NETO in FORTINI; ESTEVES; DIAS, 2008, p. 59).

Como um sistema de vasos intercomunicantes, essas disciplinas exercem influência sobre o Direito, mas também são influenciadas por este. Desse modo, como um equilibrador de pratos sob varetas, o operador do Direito deve tentar equilibrar ao mesmo tempo todas estas variáveis para que se alcancem os desideratos constitucionais.

O pressuposto é que os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais são **universais, indivisíveis e interdependentes**.

Há o consenso de que os direitos não são somente ideais a ser atingidos, podem e devem ser exigidos

Nas diversas intervenções, não há um diálogo global com as distintas e sucessivas políticas com seu grau de cumprimento.

O Estado é o garantidor desses direitos, conforme esculpido na Constituição.

O império da lei não significa somente haver textos legais; deve-se buscar a efetividade desses textos. Isto é, a lei é a chave para garantia dos direitos em um Estado democrático. E para ser cumprida, mister se faz instituições legítimas e eficientes, capazes de formular e implementar políticas públicas, que sejam monitoradas por controles rigorosos, focados em resultados.

Em suma, percebe-se a necessidade de uma reorganização do Direito Público a partir da noção de políticas públicas. E a proposta de uma releitura do ato e do processo administrativo, conforme acima exposto, vai ao encontro dos desideratos constitucionais:

É forçoso reconhecer razão à crítica de meu amigo Gilberto Bercovici quanto a minha proposta de reorganização do direito público a partir da noção de políticas públicas, **pelo menos até que se organize um arsenal teórico suficiente para compreender, analítica e prescritivamente**, os mecanismos de ação governamental como propulsores da ação coletiva. Dessa compreensão acumulada poderá resultar o entendimento mais rico dos múltiplos mecanismos de ação do Estado e essa noção central, sim, poderá ensejar uma reordenação do direito público. (BUCCI, *in* FORTINI; ESTEVES; DIAS, 2008, p. 256). (grifei).

Na mesma linha, Gustavo Binenbojm (2008, p. 320) defende a reformulação do Direito Administrativo à luz dos direitos fundamentais e da democracia.

Os direitos fundamentais são interesses públicos perenes/permanentes que independem das mudanças de governo. Da mesma forma, uma teoria capaz de justificar sua aplicação, mesmo que seja por meio do Judiciário, também deve ser perene.

6 Conclusão

Um novo marco jurídico gerencial democrático surge com o ativismo judicial. Pode-se tratar de um aperfeiçoamento do sistema político/jurídico/gerencial, quando bem delineado. Como visto, vários fatores são intervenientes, e, para evitar distorções do sistema de equilíbrio de poderes, bem como fazer prevalecer os valores democráticos, mister se faz a dissecação do caso concreto de modo a delimitar em que ponto termina a discricionariedade e em qual começa a ilegalidade. Nesse diapasão, uma visão do ato administrativo com o sexto elemento ou atributo, o “resultado”, conjuntamente com o processo administrativo não contencioso, permite um aperfeiçoamento da leitura dos fenômenos econômicos, financeiros, sociais e políticos sob a óptica jurídica, bem como o aperfeiçoamento da participação dos diversos atores sociais,⁴ contribuindo para o melhoramento do sistema.⁵

Referências

ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura. **La Revisión Judicial de Las Políticas Sociales**: estudio de casos. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

4 O planejamento, dentro do processo administrativo não contencioso, por exemplo, é o momento em que a participação social tende a ganhar grande relevância.

5 A limitação de espaço impediu que outros assuntos pertinentes ao tema fossem tratados.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica para análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. rev., amp. e atualizada até 31.12.2009. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativa. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.) **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 107-125.

FORTINI, Cristiana. Controle jurisdicional dos contratos administrativos: controle de legitimidade do gasto público pelo Poder Judiciário. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 41-48.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 58.

PINTO, Élide Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre execução orçamentária. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 69-105.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O Direito Fundamental a uma Administração Pública Constitucionalizante

Rui Magalhães Piscitelli*

1 A evolução dos direitos fundamentais e da Administração Pública.

2 A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais e o papel a ser desempenhado nesse cenário pela Administração Pública.

3 A materialização dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa. 4 O direito fundamental a uma Administração Pública constitucionalizante. 5 Conclusões.

Resumo

Apresenta os fundamentos dos direitos fundamentais, bem como sua localização material no texto vigente brasileiro. Após essa leitura ampliadora de tais direitos, já reconhecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias, são tecidas considerações acerca da Administração Pública, anotando-se sua evolução aplicada ao caso brasileiro. Finalmente, propõe-se a inclusão dos princípios constitucionais da Administração Pública como direitos fundamentais dos cidadãos nacionais, o que, certamente, trará garantias necessárias ao efetivo exercício da cidadania à população brasileira.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos fundamentais. Administração Pública. Princípios.

* Procurador federal e professor de graduação e pós-graduação em Direito. Especialista em Processo Civil e mestre em Direitos Fundamentais.

Abstract

This article will present the basics of fundamental rights and their location in the text material existing in Brazil. After ampliative reading of such rights, as recognized by homeland doctrine and jurisprudence there are some considerations about the government, noting its evolution applied to the Brazilian case. Finally, it will propose the inclusion of the principles of constitutional government in the fundamental rights of citizens, which will certainly guarantee the effective exercise of citizenship to the population.

Keywords: Constitutional law. Fundamental rights. Public Administration. Principles.

1 A Evolução dos direitos fundamentais e da Administração Pública

De pronto, a título de definição, devemos ter que direitos fundamentais e direitos humanos são conceitos muito próximos, na medida em que, aqueles estão na seara interna de um país, de forma positivada, e estes têm conotação para o direito internacional, independentemente da ordem constitucional de cada país, de caráter, portanto, supranacional (SARLET, 2004, p. 35).

Os direitos humanos, originariamente, tiveram como função fazer com que o Estado não interferisse, ou o fizesse no menor grau possível, na autonomia privada dos cidadãos, ou seja, os direitos dos indivíduos perante o Estado se caracterizavam como de defesa (SARLET, 2004, p. 54). O cenário de então, com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – marcos do início da era contemporânea –, estava ainda muito ressentido pelo Estado absolutista até então vigente.

Sobre o termo “gerações” de direitos, Sarlet (2004, p. 53) prefere descartar seu uso, em prol do termo “dimensão”, pois este, sim, denota a complementariedade entre os direitos sucessivamente, e não substitutivamente, como faz expressar aquele primeiro vocábulo.

Nesse estágio, que a doutrina convencionou chamar de primeira dimensão, as garantias aspiradas diziam respeito à liberdade individual, de empresa e de pensamento. A igualdade formal bastava em um momento em que os agentes econômicos participavam de um sistema de livre concorrência. Assim o vemos em Alexy (2002, p. 419) “los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado.”

Contudo, a sociedade se transformava rapidamente, e ao Estado não era mais suficiente que garantisse somente os direitos de defesa aos cidadãos. A Revolução Industrial, que efetivamente provocou crescimento econômico, também aumentava cada vez mais a desigualdade na repartição da riqueza.

No final do século XIX, surgiram movimentos sociais com os quais novas concepções filosóficas e econômicas floresceram. Karl Marx foi um dos maiores críticos do sistema então vigente, diagnosticando a concentração de renda que estava sendo gerada pelo processo de industrialização, fazendo com que cada vez mais o excedente do tempo de trabalho dos operários fosse apropriado pelos donos dos fatores de produção. Nas palavras de Pinho (1998, p. 41),

O capitalismo atomizado e concorrencial do início do século XIX cederá lugar a um capitalismo molecular ou de grandes concentrações econômicas, de forte tendência monopolística; o Estado abandonará sua passividade de simples guardião da ordem para interferir, cada vez mais, no campo econômico.

Assim, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão, calcados nos ideais sociais das constituições do México (1917) e de Weimar (1919), demonstrando uma preocupação para que o Estado, sim, interfira positivamente na sociedade, justamente nos âmbitos econômico, social e cultural. Veja-se: aqui já falamos de ações positivas do Estado na sociedade.

Nessa quadra, o Estado passa a ter uma participação ativa na sociedade. Na história do século XX, passamos a conviver com o *Welfare State*, o Estado de bem-estar social. Progressivamente, mais recursos públicos são destinados a gastos sociais, como saúde, educação e previdência social. O Estado passa a ser devedor de prestações positivas da sociedade, como nos ensina Alexy (2002, p. 422):

Para el problema de los derechos subjetivos a prestaciones tienen importancia, sobre todo, las decisiones en las que no solo se habla – como suele suceder – de obligaciones objetivas Del Estado, sino que, además, se analizan derechos subjetivos a acciones positivas.

Ainda, aponta-nos Sarlet uma terceira dimensão dos direitos fundamentais. Nela, a titularidade sai do indivíduo passando para a coletividade, o povo, a nação. Ressalta a importância dos direitos à paz e ao meio-ambiente sadio. Como matiz de sua caracterização, exigem uma postura eminentemente negativa. Digno de nota, Sarlet os enquadra como atualização dos direitos da primeira dimensão, adaptados às novas exigências da sociedade contemporânea.

Fenômeno que se destaca na seara dos direitos fundamentais é a ampliação de seu rol, em face do próprio desenvolvimento da sociedade, esta aspirando a direitos de maior dimensão, em um movimento contínuo de seu alargamento. Nesse sentido, Silva Neto (2008, p. 603) afirma:

Convém assinalar que o processo de densificação dos direitos fundamentais é infindo; vale dizer, teve o início identificado à Revolução Francesa, mas não tem fim. E isso acontece precisamente porque o Estado, instrumento de satisfação das necessidades humanas, está, de modo ininterrupto, submetido a modificações pelo simples fato de o ser humano que o cria estar constantemente em transformação.

Nessa toada, anote-se que Sarlet (2004, p. 59) nos noticia a categoria da quarta dimensão dos direitos fundamentais, mas alerta: “[...] no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas.” Direito à informação e à participação popular direta, entre outros, marcam essa nova dimensão, na qual o ponto realmente diferenciador é a garantia de capacitação dos indivíduos para fazer parte de uma sociedade globalizada (BONAVIDES, 1997, p. 526).

Por fim, a despeito de contarmos com direitos fundamentais de dimensões elevadíssimas, não podemos nos esquecer de lhes emprestar efetividade, busca que é bem assinalada por Cléve (1995, p. 35-53), em face de que, desde o início dos anos 1990, o Brasil passou a conhecer uma nova geração de constitucionalistas, com o propósito de efetivar os princípios e os valores do texto da Carta para

o mundo real. E, no nosso caso em estudo, essa efetivação não pode deixar de passar ao largo a implementação da igualdade material pelo Estado brasileiro.

Especificamente no âmbito do Direito Administrativo, nosso palco diário de atuação, temos a mesma evolução acima, que afetou os direitos fundamentais.

Da Administração patrimonialista poderíamos trazer características como a pessoalidade, a inexistência de fronteira entre a coisa pública e os interesses pessoais dos governantes e a quase ausência de controle. Predominantemente, a escola patrimonialista poderia ser associada aos primórdios da primeira dimensão dos direitos fundamentais. Da Escola burocrática, podemos trazer a introdução dos controles nos negócios públicos, a segregação entre os interesses privados dos públicos e o respeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

Max Weber, sociólogo alemão, inaugura o termo burocracia no início do século XX. Com isso, analisando o quadro histórico anterior, Max Weber não vê outra forma de a Administração Pública acompanhar tais mudanças senão se reorganizando, e essa reorganização passa pela implementação do sistema burocrático. Como marco inicial, toma Weber a estrutura funcional do exército prussiano de meados do século XIX.

Na sua gênese, a burocracia visa dotar a Administração Pública de racionalidade. Nesse viés, não há como dispensar de seguir alguns princípios, quais sejam, o da legalidade, o da impessoalidade, o da publicidade, o da hierarquia, o da especialização de funções e o do controle dos atos estatais, visto que não mais toleraria a sociedade do início do século XX a não transparência da coisa pública.

No entanto, até os dias de hoje, quando se quer falar de uma máquina administrativa emperrada, a primeira crítica que se faz é que isso se deve à burocracia. Muitas críticas são feitas, entre elas a quantidade de procedimentos e de controles estatais e o desrespeito à legitimidade popular.

Retomando a ideia das dimensões dos direitos fundamentais, podemos atribuir a ela as fases da Administração Pública. Não devemos, em absoluto, tomar o sistema burocrático como prejudicial à sociedade, senão como um passo em seu desenvolvimento. Aqui também podemos mencionar o positivismo jurídico de Kelsen, o qual, em hipótese alguma, deve ser abandonado, senão acompanhado das mudanças jurídicas necessárias para não perder seu concerto temporal.

Assim, a segunda dimensão dos direitos fundamentais estaria, de regra, associada temporalmente a essa escola. No Brasil, o presidente Getúlio Vargas foi o responsável por essa mudança no perfil administrativo, fazendo com que o descontrolo e a pessoalidade patrimonialistas cedessem, pouco a pouco, espaço a uma administração pública profissionalizada, com introdução de controlos de pessoal, incluindo a seleção impessoal dos agentes a prestar serviços ao Estado – registre-se que o Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) foi criado nesse cenário – e aquisições públicas, com os primeiros desenhos de regras licitatórias.

Contudo, a Administração Pública precisava acompanhar a evolução da sociedade, e, com o declínio da segunda e o início da terceira dimensão dos direitos fundamentais, a escola gerencial foi sendo introduzida nos temas do Estado.

No Brasil, o famoso Decreto-Lei nº 200, de 15 de fevereiro de 1967, readequou vários conceitos até então praticados. Tomemos o controle, que, na visão burocrática era voltado aos meios, transformou-se em medição de resultados. A Administração Pública ganhou cinco novos princípios, quais sejam, o planeamento, o controle, a coordenação, a descentralização e a delegação de competência.¹ Notadamente com esses dois últimos, a Administração passou a delegar funções altamente especializadas às entidades que iam sendo criadas, componentes da Administração Indireta, o que visava a que os procedimentos fossem feitos cada vez de forma menos centralizada na Administração Direta. Mais recentemente, com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, introduzindo aos quatro princípios constitucionais da Carta de 1988 (legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade) o lume da eficiência, a possibilidade de demissão, mesmo dos servidores estáveis, por insuficiência de desempenho e a possibilidade do controle popular sobre a Administração Pública, de forma mais detalhada do que o previsto no texto originário de 1988, vem-se, pouco a pouco, tentando consolidar o modo gerencial de administrar a coisa pública.² A previsão de participação popular no controle da Administração Pública evoluiu, portanto, em relação ao texto constitucional originário de 1988, com a edição da Emenda Constitucional nº 19, de 1998.³

1 Descentralizar é atribuir competência a entidades públicas; desconcentrar (outro instituto) é o reordenamento administrativo dentro da própria estrutura do órgão público, sem atribuição de nova competência.

2 Nesse sentido, destacamos o recente Decreto federal nº 6.932, de 11 de agosto de 2009, notadamente seus artigos 11 e 12.

3 A respeito de ouvidorias públicas, ver nosso artigo em parceria com o Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União,

Acerca da evolução desses modelos, ensina Gonçalves (2007, p. 45):

O que se pode afirmar, após extensa reflexão, é que os modelos de Estado devem complementar-se, não havendo uma receita específica para todos os países. No Brasil, é preciso levar em conta os aspectos e características culturais, econômicos, políticos, e principalmente sociais, para que se possa criar um modelo brasileiro próprio de Estado Pós-social, adaptando-o aos reclames de um país em desenvolvimento.

No entanto, sabemos que a práxis não se modifica somente pelo texto legal. No Brasil, ainda temos uma forte crise de aplicação desse novo Direito Administrativo, que, nesse espectro, não mais se contenta com a legalidade dos atos administrativos, senão anseia pela matriz constitucional de fundantes políticas públicas sociais. E, aqui, o Poder Judiciário é convocado para seu novo papel, não mais o de aplicador de regras, senão o fiscalizador do cumprimento das normas, bem como operacionalizador mesmo de políticas públicas que venham a ser negligenciadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, utilizando, para isso, as normas, enquanto princípios e regras constitucionais.

Registro importante é que, da mesma maneira que a evolução dos direitos fundamentais, as escolas administrativistas não se substituem uma a outra, senão se complementam – nunca se desprezando a escola burocrática, que teve o grande mérito de romper com as práticas patrimonialistas imperiais do mundo da Administração Pública; ainda que se isoladamente aplicada, hoje, certamente se transformaria numa forma de engessamento estatal.

2 A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais e o papel a ser desempenhado nesse cenário pela Administração Pública

Análise que se destaca neste artigo é a delimitação das características essenciais diferenciadoras dos direitos e das garantias fundamentais dos demais direitos constitucionais.

Gabriel Felipe de Souza, intitulado “Fala, AGU! O papel das Ouvidorias”, publicado na Revista do Procurador Federal, da Associação Nacional dos Procuradores Federais (Anpaf), ano VIII, dezembro/2008, n. 5, p. 106-107.

É possível enumerar alguns signos distintivos dos direitos fundamentais em relação aos demais: a inalienabilidade, a indisponibilidade, a constitucionalização; mas, destacamos a vinculação dos Poderes Públicos.

Acerca dessa vinculação, veja-se em Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 279):

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.

Nesse sentido, tem-se como necessária a ação de uma Administração Pública a fim de operacionalizar os desígnios estatais.

Sabido é que o Direito Administrativo não é mais o mesmo desde a sua gênese. Sobre a origem do Direito Administrativo Brasileiro, reporta-nos Bucci (2002, p. 41) aos modelos português e espanhol, e estes buscados na origem francesa.

E como não podia deixar de sê-lo, a Administração Pública teve de acompanhar esse desenvolvimento. Assim sendo, no caso brasileiro atual, deve ela, braço operacionalizador das políticas do Estado, estar condicionada não mais pelo estrito princípio da legalidade, senão com obediência ao Direito e, no seu vértice, à Constituição de 1988, a qual conferiu ao processo administrativo as mesmas garantias aplicadas ao judicial, pois justamente aí, no respeito à força fundante da Carta, deve abeberar-se a Administração Pública no momento da formação das políticas públicas. Vale aqui a lição de Sarmento (2006, p. 74):

Ademais, é importante lembrar que a distinção entre os direitos fundamentais e as diretrizes políticas, embora relevante, tende a esmaecer-se à luz da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, que afirma que a efetivação destes direitos – não apenas os sociais, mas também os individuais e os políticos – demanda a formulação e a implementação de políticas públicas pelo Estado, e não meras práticas absenteeistas.

Não diferentemente, Bucci (2002, p. 241) nos traz esse novo viés do Direito Administrativo, qual seja, a interação jurídico-política com vista à satisfação integral do interesse público primário:

Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública.

Otero (2003, p. 29-30) também nos traz seu ensinamento na mesma busca do novo Direito Administrativo, voltado à efetivação do ordenamento constitucional:

Deste modo, além de normas constitucionais dotadas de aplicabilidade direta e força vinculativa imediata para as estruturas da Administração Pública, registra-se que as imposições da Constituição em matéria de bem-estar não têm apenas o legislador como destinatário, a Administração é, também ela, e apesar de assumir uma posição subsidiária ou complementar, destinatária das imposições constitucionais de bem-estar.

Logo, temos de ler o Direito Administrativo atual com uma visão integrada à Constituição, fazendo com que os juízos prévios sejam autênticos. E essa autenticidade, num Estado Democrático de Direito, que, esperamos, um dia migre para um Estado de Direito Democrático, como já previsto na Constituição Portuguesa de 1976, deve ser buscada na interpretação constitucional da Administração Pública. Aos aplicadores do Direito há a necessidade de um choque de interpretação quando em contato com a Carta Maior, um choque de historicidade, de modo a utilizá-la como vetor de interpretação para qualquer área jurídica que apresente lides, para, assim, em não sendo possível eliminar os juízos prévios, ter condições de adequar os fatos e a lei à supremacia constitucional.

No ponto, inicialmente vemos em Silva Neto (2008, p. 61) a constatação da necessária ampliação dos direitos fundamentais na seara da cidadania, como reais expectativas de que o Estado promova políticas públicas:

Mas, como assente na doutrina e presente também na laboração legislativa atual, a categoria dos direitos fundamentais não se esgota no restrito campo das prerrogativas que se indicam às pessoas individualmente consideradas; antes, transcendem-no para abranger direitos a prestações positivas do Estado, como se opera relativamente aos direitos sociais, ou ainda no que concerne aos direitos difusos [...].

E busque-se a origem da jurisprudencialização do Direito Administrativo no Conselho de Estado Francês:

O direito administrativo francês nasceu como direito não legislado, porque formulado pelo juiz para suprir as lacunas da legislação, então inexistente. Daí a contribuição do Conselho de Estado para a elaboração de princípios informativos do direito administrativo, ainda hoje vigentes em vários sistemas: o da responsabilidade civil da Administração, o da alteração unilateral dos contratos administrativos, o concernente ao regime especial dos bens do domínio público, a teoria da nulidade dos atos administrativos. (DI PIETRO, 2002).

Prosseguindo, é-nos sugerida pela doutrina, diante do contexto temporizador atual, a mudança do próprio objeto do Direito Administrativo, deixando de ser o ato administrativo exclusivamente, passando a dividir seu espaço com a política pública:

Não obstante, numa época em que o universo jurídico se alarga – em que os direitos sociais e transindividuais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em constituições e leis, em busca de efetividade –, não seriam as políticas públicas um foco de interesse juridicamente pertinente, como esquema de agregação de interesses e institucionalização dos conflitos? (CAMPILONGO, 1997, p. 85).

Logo, temos de ler o Direito Administrativo atual com os olhos hermenêuticos, fazendo com que os juízos prévios sejam autênticos. E essa autenticidade, num Estado Democrático de Direito (que, esperamos, um dia migre para um Estado de Direito Democrático, como já previsto na Constituição Portuguesa de 1976) deve ser buscada na interpretação constitucional da Administração Pública. Relembrando Gadamer (1997, p. 403),

A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.

Vivemos hoje numa fase de adequação do ato administrativo aos direitos fundamentais; da política pública à inafastabilidade do controle jurisdicional, ainda que, muitas vezes, sobre o próprio mérito.

Sobre o cenário em que se aplicou a Constituição no Brasil, não vê Streck (2002, p. 27-58) como as ideias revolucionárias da Carta Cidadã de 1988 pudessem ter sido assimiladas pelos juristas, daí alertando para a urgente mudança que se faz necessária na práxis do Direito.

É nesse cenário que conceitos como interesse público, supremacia do Estado, juízo discricionário do administrador público, finalidade social e o próprio relacionamento do Estado, não mais com o administrado, senão com o cidadão, devem ser reinterpretados à luz da Carta Constitucional.

3 A materialização dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa

Exposta a evolução dos direitos fundamentais e apresentado um cenário que julgamos próprio para o desempenho das atividades da Administração Pública na atualidade, passaremos a justificar nossa pretensão de considerar o direito a uma Administração Pública constitucionalizada como direito fundamental dos cidadãos brasileiros.

Questão inicial que se põe é a localização dos direitos fundamentais na Carta Maior, sendo que, não mais, temos sua restrição ao capítulo em que, expressamente, a Constituição os enumera.

Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 271) bem nos desenham esse cenário: “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são pois, pretensões que, em cada momento histórico, descobrem-se a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.”

Da doutrina nacional abalizada, tiramos que a origem da dignidade humana remonta ao Evangelho cristão:

A ideia do homem como ser criado à imagem e semelhança de Deus, presente no Gênesis, a doutrina cristã do amor incondicional ao próximo, difundida no Novo Testamento, e o reconhecimento da igualdade entre os povos perante Deus, destacada na Epístola de São Paulo aos Gálatas, são ricos exemplos da influência do pensamento cristão sobre a ideia da dignidade da pessoa humana. (MARTINEZ, 1995, p. 79-81).

Contudo, somente após os horrores da Segunda Guerra Mundial, o mundo, numa tentativa de reconstrução, oficializou a dignidade humana, com assento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, da Organização da Nações Unidas (ONU), e isso já na primeira frase de seu preâmbulo: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”

Logo após (SARMENTO, 2004, p. 113), aos poucos, nos ordenamentos constitucionais, foi sendo introduzido o princípio: nas Constituições italiana de 1947 e na alemã de 1949. Também Portugal, em sua Constituição de 1976, e Espanha, em sua Carta Maior de 1978, fizeram o mesmo, logo após livrarem-se dos regimes autoritários de Salazar e Franco, respectivamente, aos quais estavam submetidos. Já na França o reconhecimento da dignidade humana com peso constitucional veio de decisão de seu Conselho Constitucional, em 1994, visto que o texto constitucional não o agasalhasse expressamente.

E na jurisprudência pátria, a dignidade humana assim também é tratada, senão como um fundamento, um princípio que se sobressai, inaugurando a Carta:

Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos **princípios constitucionais, dentre os quais sobressai a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República**, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação.⁴ (grifei).

4 Ementa do Resp nº 647.853, publicado no DJU de 6/6/2005, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Isso posto, tenha-se a dignidade humana como vetor interpretativo a fim da inclusão material de preceitos constitucionais como direitos fundamentais, em uma visão materialmente posta, alargando-se, assim, o espectro daqueles e, conseqüentemente, o exercício da própria cidadania.

A respeito dessa correlação direitos fundamentais materiais e dignidade humana, Sarlet (2004, 99-101) defende:

Outro aspecto de transcendental importância para a compreensão do papel cumprido (ou a ser cumprido) pelo princípio da dignidade da pessoa humana, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, diz com sua função como critério para a construção de um concito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional. [...] O que se pretende demonstrar, neste contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição.

4 O direito fundamental a uma Administração Pública constitucionalizante

De pronto, podemos ficar com a ideia de que a dignidade humana deve permear a interpretação do Direito, e, num Estado Democrático de Direito, o próprio Estado deve evoluir no sentido de se constitucionalizar, como necessidade fundante, e, aí, os princípios constitucionais da Administração Pública devem cumprir seu papel para um novo Direito Administrativo, priorizando a política pública.

No texto vigente brasileiro, assim a Administração Pública é apresentada:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Assim, os princípios constitucionais próprios à Administração Pública, no nosso sentir, são poderosos direitos dos cidadãos na concretização de uma dignidade humana.

Desse conjunto, destacamos o princípio da legalidade e o da eficiência. Aquele remonta à própria essência do Estado democrático de Direito, aplicado, ao caso, na atuação constitucional da Administração Pública. Todavia, a juridicidade desponta como evolução desse direito que, julgamos, é fundamental.

Digno de nota é, no Direito Administrativo Contemporâneo, com os valores trazidos pela Constituição Federal de 1988, a substituição do princípio da legalidade pelo da juridicidade, esposado no **Parecer nº 1.087 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de 19/7.2004**:⁵

26. Na magistral lição de Germana de Oliveira Moraes, acerca da “substituição da ideia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública”, a constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da ideia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita.

27. De acordo com a ilustrada autora, distinguem-se as esferas da juridicidade – o domínio amplo do Direito, composto de princípios e de regras jurídicas, ou seja, de normas jurídicas, e da legalidade circunscrita às regras jurídicas. Na sua visão, a noção de legalidade reduz-se ao sentido estrito de conformidade dos atos com as Leis, ou seja, com as regras – normas em sentido estrito. Já a noção de juridicidade, diz ela, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição.

28. No Brasil, para o Professor Paulo Bonavides, citado por Germana de Oliveira Moraes, “não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, (a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios), sendo as normas o gênero e as regras e os princípios a espécie”. De fato, nas palavras de Germana de Oliveira Moraes, para esse eminente constitucionalista, os princípios são, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão

⁵ Aprovado por despacho de 17/8/2004 do ministro da Fazenda – DOU de 23/8/2004.

mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder, e são compreendidos, equiparados e até confundidos com os valores. (grifei).

Nesse contexto, a Administração, como braço operador das políticas traçadas por um governo, deve acompanhar a evolução dos direitos fundamentais. Assim sendo, juízos prévios, como a estrita legalidade, a supremacia absoluta do interesse público sobre o interesse privado, o caráter exclusivamente unilateral do ato administrativo e a indisponibilidade do interesse público, ainda que em se tratando do secundário, vêm sendo substituídos, num cenário de busca verdadeira em direção a um Estado Democrático de Direito (e não somente de legislação), por outros, como a interpretação sob o viés do sistema jurídico integral, a compatibilização dos direitos fundamentais com o interesse estatal, a participação popular na elaboração das políticas públicas e a restrição da indisponibilidade ao interesse público primário, o qual se entende a defesa intransigente do interesse da sociedade; dessa ideia, pois, descolando-se os interesses meramente patrimoniais do Estado. Na doutrina, isso é sintetizado por Otero (2003, p. 167):

Um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional, torna-se predominantemente principialista em certos setores de atividade.

Trata-se de aferir a validade dos atos também sob a perspectiva da eficiente realização dos objetivos previstos no próprio ordenamento. Mais especificamente, cremos que o princípio da eficiência, na verdade, agrega à legalidade um novo pensar, buscando, de fato, uma substituição da legalidade estrita pelos efeitos da juridicidade, esta materialmente considerada em políticas públicas implementadas pela Administração Pública.

Em uma das suas perspectivas, o princípio da eficiência vincula-se ao princípio da economicidade, expressamente previsto no art. 70 da Constituição Federal. Trata-se de diretriz a ser aplicada à fiscalização da execução orçamentária, de modo a se aferir a relação custo-benefício obtida pelo administrador.

Como define Juarez Freitas (2004, p. 73-74), “[...] o administrador tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente ao gerir a coisa pública [...]” (grifei).

Ou seja, a Administração Pública passa por uma mudança de paradigma: não mais basta a prestação do serviço com correção. A sociedade clama por um serviço prestado com eficiência.

Aos burocratas que ainda não evoluíram ao gerencialismo, reforçando a ideia da complementariedade das escolas da Administração Pública, ou seja, o gerencialismo devendo ser tomado como uma burocracia melhorada, aí vai um aviso de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 884):

Nos Estados burocrático-cartoriais, o princípio da eficiência configura um brado de alerta, uma advertência mesmo, contra os vícios da máquina administrativa, sabidamente tendente a privilegiar-se, na medida em que sobrevaloriza os meios, em que, afinal, ela consiste, sacrificando os fins, em razão e a serviço dos quais vem a ser instituída.

5 Conclusões

No presente artigo, não pretendemos mais do que iniciar uma reflexão à categorização da Administração Pública constitucionalizante como um direito fundamental dos cidadãos brasileiros.

Procuramos demonstrar a evolução dos direitos fundamentais e das escolas da Administração Pública, localizando, na Constituição vigente, um viés que necessariamente deva ser ofertado aos cidadãos, em face da própria dignidade humana, esta como vetor a fim de materialmente abarcarmos, na categoria de direitos fundamentais, uma Administração Pública que aja sob os auspícios da juridicidade e da eficiência, direitos esses que elegemos como os mais importantes para essa análise.

Se assim o for, esperamos ter iniciado um debate para que a Administração Pública, em um contexto retemporalizador, possa servir como instrumento à plena realização do desígnio maior do Constituinte: a operacionalização da dignidade humana.

6 Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- CLÉVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: **Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Público**. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf#search=%22conselho%20de%20estado%20e%20franc%C3%AAAs%20e%20direito%20administrativo%22>. Acesso em: 7 jun. 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Contrato Administrativo**. Tendências e exigências atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- MARTINEZ, Gregorio PECES-BARBA. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2003.

PINHO, Diva Benevides et al. **Manual de Economia.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen juris: 2004

_____. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho*

Magda de Lima Lúcio**

1 Introdução. 2 Estado da arte dos processos judiciais envolvendo o Estado brasileiro. 3 Mediação e conciliação no contexto da Administração Pública – Uma nova lógica para a gestão pública. 4 Mediação como instrumento de gestão – Os instrumentos de gestão sob as perspectivas inter e intragovernamental. 5 A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. 6 Considerações finais.

Resumo

Objetiva desenvolver uma análise conjuntiva em que seja possível estabelecer nexos analíticos entre o crescimento da litigiosidade, formulados em termos de demandas judiciais, e o impacto desse crescimento na gestão pública. Para tanto, apresenta-se em primeiro lugar um resumido quadro da litigiosidade no país, com ênfase para as demandas em que o Estado brasileiro figura no polo ativo e passivo ou em ambos os polos de processos judiciais. Em seguida, apresentar-se-ão os fundamentos teóricos da mediação e conciliação

* Procuradora federal, conselheira federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e presidente da Comissão Nacional de Advocacia Pública.

** Professora adjunta da Universidade de Brasília (UnB).

como instrumentos de gestão no contexto da Administração Pública federal. E, por fim, apresenta-se a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão da Consultoria-Geral da União, como uma relevante experiência que imprime novos contornos na solução de conflitos e controvérsias intragovernamentais.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Arbitragem. Gestão pública. Litigiosidade.

Abstract

The purpose of this article is to establish a conjunctive analysis in which is possible to set analytical nexus between the increase in litigiousness, formulated in terms of judicial demands, and the impact of such increase in public management. To accomplish such task, we present, firstly, a summarized picture of the litigiousness in the country, with emphasis on the demands in which the Brazilian State is figured on the active or passive or both poles in the judicial lawsuits. Next, we present the theoretical fundamentals of mediation and conciliation as management instruments in the context of Federal Public Administration. At last, we present the experience of CCAF (Chamber of Conciliation and Arbitration in Federal Administration), a sector of the Consultoria-Geral da União, as a relevant experience that sets new outlines in the solution of intragovernmental conflicts and controversies.

Keywords: *Mediation. Conciliation. Arbitration. Public management. Litigiousness.*

1 Introdução

A gestão pública vem adquirindo feições cada vez mais complexas em virtude do incremento contínuo da população, do acelerado processo de megalopolização de algumas capitais brasileiras, do uso da tecnologia no cotidiano e dos processos de internacionalização de produtos e serviços. Esses fatores em conjunção demandam um novo modelo de gestão pública, que seja capaz de coordenar

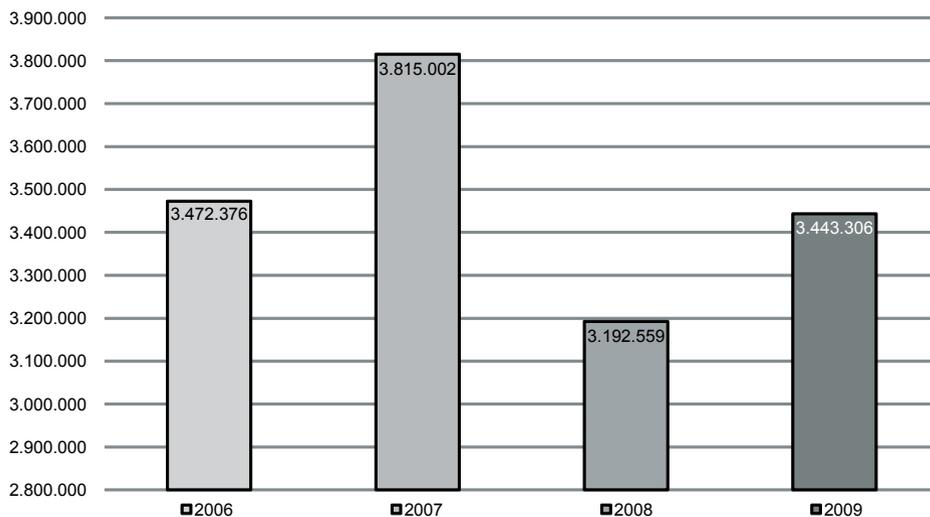
ações que perpassem várias instâncias governamentais, bem como vários órgãos, sejam municipais, estaduais ou federais. Todo esse convergente e complexo processo deve ainda levar em consideração a legislação vigente, a separação e autonomia dos poderes, as dotações orçamentárias, o calendário eleitoral, a herança cultural e política, bem como as especificidades do desenvolvimento histórico brasileiro.

A compreensão das organizações como um sistema integrado à sociedade que pretende contribuir para o desenvolvimento social no seu conjunto levou a investigar em que medida a emergência do paradigma da pacificação como metodologia da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) requer um arcabouço teórico-analítico que leve em consideração o tema da subjetividade e das interações sociais como elementos centrais no processo de melhoria da gestão. Nesse sentido, a mediação se transforma numa lógica de ação no interior da CCAF, meio para que se introduza o paradigma da pacificação, um dos objetivos da câmara. A mediação é aqui compreendida como um instituto que incide e procura viabilizar alternativas de solução de problemas assentes no interior de uma situação ou circunstância em que o conflito ordena as partes e orienta a ação dos sujeitos. Essa lógica de ação pretende enfrentar o conflito não sob a perspectiva da competição e da desigualdade, mas da colaboração e complementaridade entre os órgãos que compõem a estrutura do Estado brasileiro.

2 Estado da arte dos processos judiciais envolvendo o Estado brasileiro

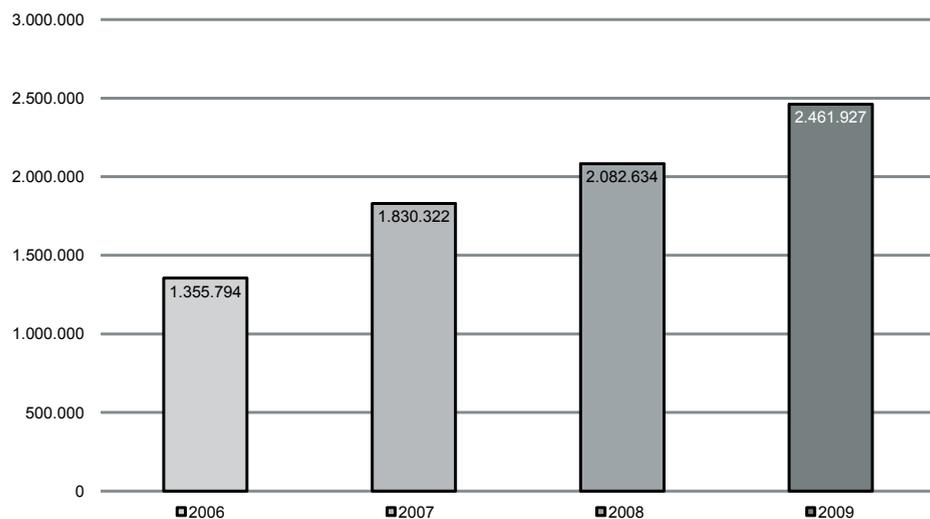
Diante do tamanho e da complexidade da sociedade, têm se percebido algumas dificuldades e limitações na estrutura administrativa que provoca soluções que não se dão de modo ativo e rápido. Essa incapacidade, muitas vezes, converte-se em demandas judiciais por parte da população, enquanto em outras situações é o próprio Estado que age judicialmente para cumprir suas obrigações. Esse dilema se configura hoje num elevado número de demandas judiciais. As figuras a seguir demonstram a relevância de ações alternativas para a solução de conflitos e controvérsias.

GRÁFICO 1 – Justiça Federal – Demandas do Poder Público – União como demandada (1º grau) – De 2006 a 2009

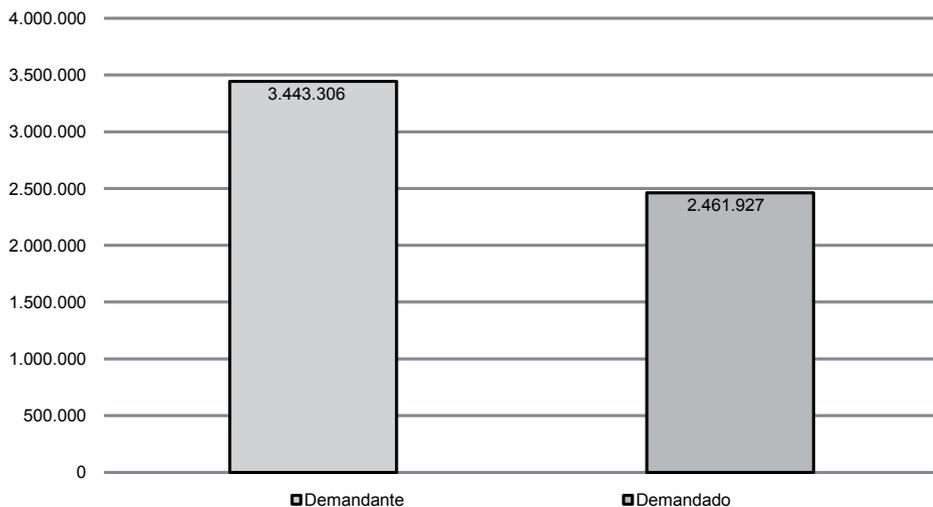


Fonte: CNJ – Justiça em Números.

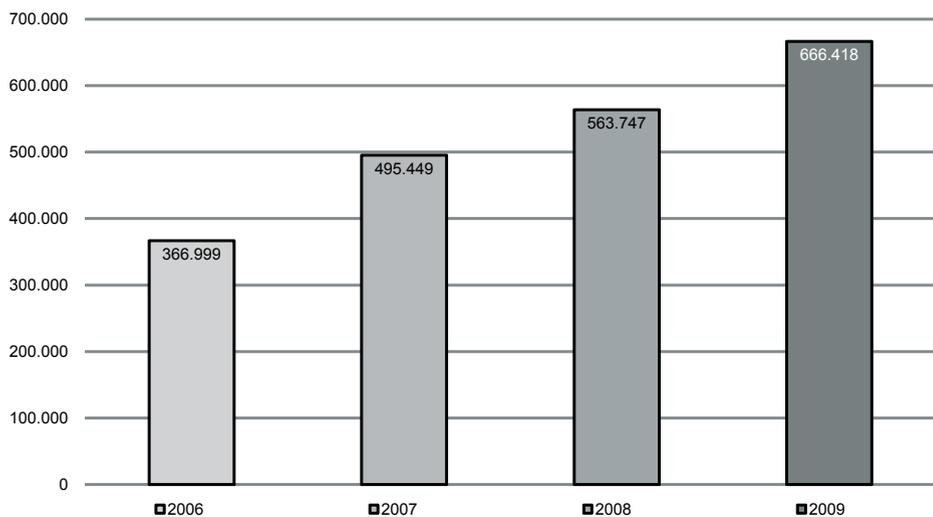
GRÁFICO 2 – Justiça Federal – Demandas do Poder Público – União como demandante (1º grau) – De 2006 a 2009



Fonte: CNJ – Justiça em Números.

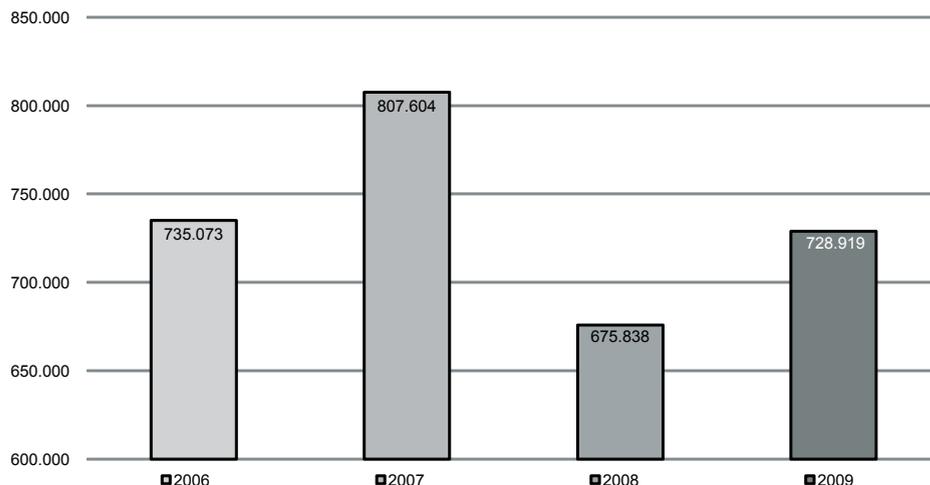
GRÁFICO 3 – Justiça Federal – União como demandante e demandada (1º grau) – Resumo do número de ações – De 2006 a 2009

Fonte: Elaboração das autoras a partir de dados do CNJ – Justiça em Números.

GRÁFICO 4 – Justiça Federal – Demandas do Poder Público – União como demandada (2º grau) – De 2006 a 2009

Fonte: CNJ – Justiça em Números.

GRÁFICO 5 – Justiça Federal – demandas do Poder Público – União como demandante (2º Grau) – De 2006 a 2009



Fonte: CNJ – Justiça em Números.

Nos gráficos 1, 2, 3 e 4 apresenta-se o quantitativo das ações, quadriênio 2006-2009, em que o Estado figura como demandante e demandado em ações judiciais de primeiro grau e de segundo grau. No gráfico 1, pode-se observar um crescimento contínuo do Poder Público como demandado, do que se pode inferir que a sociedade brasileira tem encontrado na Justiça Federal uma possibilidade de pleitear direitos ou demandas mais específicos, como quando ocorrem disputas ou divergências intraórgãos governamentais. O Conselho Nacional de Justiça (2009) afirma que tramitaram na Justiça brasileira cerca de 86,6 milhões de processos no ano de 2009.

Morais e Splengler (2007, p. 310) esclarecem que “a explosão de litigiosidade se dá quanto à quantidade e à qualidade das lides que batem às portas do Poder Judiciário, especialmente observando a existência de uma cultura do conflito”. Em face de tal fato, a direção da política do Direito deve ser no sentido de uma “jurisdição mínima, contra uma jurisdição ineficaz” (MORAIS; SPLENGLER, 2007, p. 310). Na mesma esteira, Santos (2006) conclui que a explosão da litigação deu uma maior visibilidade social e política aos tribunais, e as dificuldades que a oferta da tutela judicial teve, em geral, para responder ao aumento da procura suscitaram, com grande

acuidade, a questão da capacidade e as questões da eficácia, da eficiência e da acessibilidade do sistema judicial.

Importante salientar que, caso persista esse crescimento, em dez anos pode-se ter o volume de ações judiciais duplicado, o que poderia ser uma situação não desejável, na medida em que um processo judicial não envolve somente as partes, mas também mobiliza uma série de outros serviços com o intuito de corroborar os argumentos defendidos nas demandas judiciais.

No gráfico 2, não se observa uma linha crescente do Estado como demandante, mas, sim, um desempenho flutuante, tendo um pico em 2007. Segundo entrevista com um alto funcionário da Administração Federal, nesse ano houve um incremento da máquina estatal no que tange à contratação de funcionários para o considerado núcleo estratégico: controle e fiscalização. Assim, vários órgãos e autarquias da União receberam auditores e advogados públicos, fazendo com que o Estado brasileiro aperfeiçoasse seus órgãos jurídicos, aumentando, com isso, sua capacidade litigante. Dentre as demandas, podem-se destacar as conhecidas guerras fiscais, geralmente entre estados da Federação, a inclusão no Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) de órgãos inadimplentes e as dívidas para com a Previdência.

No entanto, o que interessa frisar neste artigo é a participação considerável do Estado brasileiro em processos judiciais. Para se ter uma ideia desse volume, somente em processos ajuizados em segundo grau, em 2009 (tabela 1), o Estado participava em 52,49% das ações, ou seja, mais da metade das ações que tramitavam no judiciário naquele ano tiveram o Estado no polo ativo ou passivo dos pleitos.

TABELA 1 – Participação relativa (%) das demandas da União no total das demandas na Justiça Federal – Casos novos e pendentes (2º grau) – 2009

TRF	Total	União	Part. rel.(%)
1ª Região	42.9201	189.725	44,20
2ª Região	103.423	44.450	42,98
3ª Região	550.713	298.718	54,24
4ª Região	193.271	109.468	56,64
5ª Região	112.066	86.558	77,24
Total geral	1.388.674	728.919	52,49

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do CNJ.

De acordo com a tabela 1, a 5ª Região (Estados de Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Ceará e Paraíba) é a mais demandante dentre as Regiões, enquanto a Segunda Região (estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo) a menos demandante.

A partir desses dados, nota-se a judicialização como uma modalidade relevante na solução de conflitos e controvérsias. De acordo com Pierre Bourdieu, sociólogo francês, esse comportamento constituiu-se num *habitus* nacional (2007). Nesse quadro percebe-se que para mudar a percepção nos caminhos para a solução de conflitos e controvérsias, há de se trabalhar na mudança de paradigma que norteia a ação desses sujeitos que lidam hodiernamente com as questões da “coisa pública”. Assim, MATIAS-PEREIRA (2008), numa abordagem sobre a articulação entre o Estado e a Administração Pública, define o Estado como um conjunto de instituições criadas, recriadas e ajustadas para administrar conflitos e tensões em um determinado território. A Administração Pública não deve ser confundida com Governo. A primeira, formalmente, é o conjunto dos órgãos e funções para execução das atividades e objetivos do governo. O segundo, o governo, é o gestor dos negócios públicos. Em síntese, a Administração Pública seria o corpo técnico, enquanto o Governo, o comando político.

Nesse sentido, esclarece Meirelles (*apud* MATIAS-PEREIRA, 2008, p.124):

Comparativamente, podemos dizer que governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente, Administração é conduta hierarquizada [...]. A Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo.

As atividades, as funções e os objetivos estabelecidos em planos de Governo e metas da Administração Pública, as políticas públicas, sejam de Estado, sejam de Governo, estão submetidos ao ordenamento jurídico – o mesmo que ordem jurídica, conjunto de normas emanadas por um determinado Estado, como a Constituição, as leis, os decretos, a jurisprudência, a doutrina, os costumes, etc. (DINIZ, 2010). Nessa esteira, “políticas públicas” são entendidas por Bucci (2006) como atividades estatais de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos.

O Estado é, portanto, o mediador que se materializa por intermédio das instituições, como os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os entes federativos e a própria Administração Pública.

Pensar nos custos desses processos torna-se uma tarefa fundamental do gestor público, pois o custo para o erário é uma realidade em muitos momentos não considerada. A discussão acerca dos gastos despendidos pela estrutura administrativa ainda não se encontra no cerne das preocupações da gestão no seu conjunto, tampouco de seu corpo de funcionários ou ainda dos cidadãos. Seria correto afirmar que essa percepção oscila entre não vincular o custo de um procedimento administrativo ao custo dele, a uma visão amplamente divulgada em reportagens e artigos jornalísticos, como algo que é feito de modo indiscriminado e sem propósito. Para se ter uma gestão pública consequente e de alta qualidade, há que se transcenderem essas visões polarizadas e construir uma noção que esteja de acordo com o lugar que o Brasil vem ocupando na economia e no cenário internacional. Nesse sentido, pretende-se contribuir com esse debate mediante um novo olhar para a gestão pública, tendo como fundamento a lógica da ação dos sujeitos envolvidos com o funcionamento da máquina estatal, bem como o olhar que a população tem sobre a “coisa pública”.

Sobre o custo da judicialização, de acordo com o levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a despesa da Justiça Federal durante o ano de 2008 foi de R\$ 5,2 bilhões, o que representa um gasto de 0,18% com relação ao Produto Interno Bruto (PIB) nacional ou um custo anual de R\$ 27,68 por habitante (CNJ, 2008, p. 1). Ainda, segundo o estudo, a Justiça Federal possui uma característica peculiar no que diz respeito às receitas arrecadadas. A soma delas ultrapassa suas despesas, fazendo com que a Justiça seja superavitária. Somente durante o ano de 2008 foram arrecadados aproximadamente R\$ 9 bilhões em execuções fiscais, ou seja, mais que o dobro do total gasto. Além desse montante, somam-se R\$ 56 milhões arrecadados com custas e recolhimentos diversos (CNJ, 2008, p. 1).

Caso o debate fosse encerrado no item custos, concluir-se-ia que a quantidade de processos não seria algo relevante, já que o total de receitas supera gastos e custos. No entanto, enfatiza-se que existe uma série de outros custos que ainda continuam embutidos, muitas vezes intangíveis à primeira vista, tal como a expectativa da sociedade em ter serviços de boa qualidade, sem precisar

recorrer a uma petição judicial. Como demonstrado nas figuras e nos gráficos anteriores, a cultura da judicialização no Brasil tem gerado um crescimento da litigiosidade e um grande congestionamento processual no Poder Judiciário. Algumas ações administrativas têm sido tomadas no sentido de reverter esse quadro. Os mutirões de conciliação realizados em todo o país têm permitido avançar na ponta, ou seja, atuar sob os processos já existentes, contudo observa-se que outras ações serão necessárias para que a sociedade encontre novas maneiras de solucionar seus conflitos que não sejam os tribunais.

3 Mediação e conciliação no contexto da Administração Pública – Uma nova lógica para a gestão pública

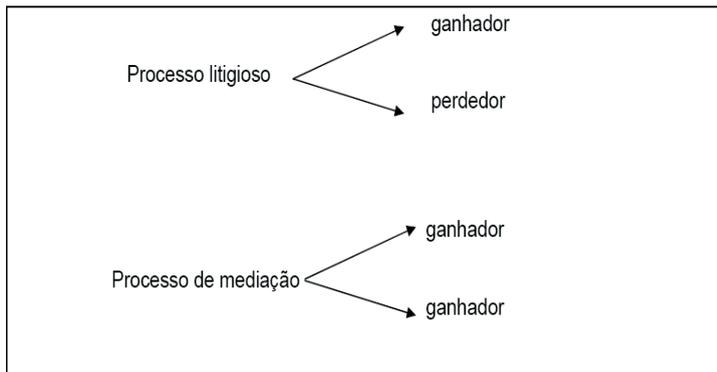
Perceberam-se ao longo de nossa pesquisa iniciativas que pretendem enfrentar esse quadro a partir de ideias inovadoras e, acima de tudo, tendo como horizonte o paradigma da pacificação; ou seja, a mediação na gestão pública tem sido um instrumento que procura instaurar uma nova forma de conduzir as divergências, as diferenças e os conflitos no interior do Estado brasileiro. Enfatiza-se que neste artigo lançam-se luzes somente sobre os processos de mediação que têm o Estado como polo ativo e passivo nas contendas, ou seja, o interesse se concentra na melhoria da gestão pública, por entender que processos que envolvem a mediação e a conciliação ao deslocar conflitos, inter e intragovernamentais, do âmbito do Judiciário para a arena administrativa, podem aumentar a celeridade na solução de processos e finalização de contendas com maior nível de satisfação para as partes envolvida e com um bom retorno para a sociedade em geral.

Enfatiza-se que a mediação é um instrumento de gestão que se utiliza de ferramentas da esfera da objetividade: a audiência em si mesma e a preservação dos princípios e das garantias jurídicas. Também se serve de ferramentas da esfera da subjetividade: o diálogo, a escuta ativa, a confiança e o acordo. A junção dessas perspectivas tem como destino final a instituição e o fortalecimento do paradigma da pacificação como uma prática gestora. Entende-se, pois, que a mediação é um instrumento paralelo ao instrumento jurídico positivado, agora já inserido como princípio programático no novo Código de Processo Civil (CPC), não substitutivo, não concorrente de solução de conflitos e controvérsias.

Na seara administrativa, trata-se o instituto da mediação como um instrumento que não fere a estrutura hierárquica dos entes governamentais, pois o ato da mediação age de maneira transversal na estrutura estatal, momentaneamente, no ato da instalação da mesa conciliadora, e se dilui quando da solução do conflito ou controvérsia. Nesse sentido, a mediação, como instrumento de gestão, unifica o Estado brasileiro sob o paradigma da pacificação, ao fixar este como uma missão comum a todos os órgãos, independentemente do lugar que ocupam na estrutura administrativa. Esse paradigma tende a fortalecer o atendimento ao cidadão, finalidade última do Estado brasileiro, como a ação prioritária dos órgãos públicos.

A figura a seguir, apresentada por Neto e Spengler (2007, p. 33), ilustra a prática dos Meios Alternativos de Resolução de Disputas (ADRs). Assim, a prática do modelo jurisdicional (ganhador/perdedor) é contraposta à prática dos meios alternativos como a mediação e a conciliação (ganhador/ganhador).

FIGURA 1 – Lógica da ação no processo litigioso e no processo de mediação



Fonte: Breitman & Porto, *apud* Spengler, 2007.

A mediação é um procedimento de autocomposição de conflitos (WARAT, 2001; JÚNIOR, 2008; BONFIM; MENEZES, 2008; OLIVEIRA, 1999) que se diferencia dos demais meios alternativos de resolução de conflitos judiciais, como a conciliação, transação e arbitragem. Segundo Luis Warat (2001, p. 80), a conciliação e a transação aparentemente se confundem com a mediação, porém “a conciliação e a transação não trabalham o conflito, ignoram-no, portanto não o transformam, como faz a mediação”. Entende o citado autor que o conciliador

exerce a função de “negociador do litígio”, reduzindo a relação do conflito a uma mercadoria e que o próprio termo de conciliação “é um termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o. Mas, o conflito, na melhor das hipóteses, permanece inalterado” (WARAT, 2001, p. 80).

Quanto à arbitragem, cabe a um terceiro a decisão do conflito. Na arbitragem as partes nunca se autocompõem para resolver o conflito, entretanto a “autocomposição relativa” é representada pela tentativa do árbitro de promover a conciliação entre as partes e pela solicitação conjunta de colaboração das partes para construir o relato que necessita para sua tomada de decisão. Para Luis Warat (2001, p. 79), o procedimento de arbitragem é o mesmo procedimento judicial: “só muda quem decide o conflito, ao invés de ser decidido pelo juiz togado, o conflito é decidido pelo árbitro que pode ser escolhido previamente pelas partes”.

Ainda sobre mediação, afirma Warat (2001), é uma proposta transformadora do conflito que busca a sua resolução pelas próprias partes, que são assistidas pelo mediador para administrá-lo e, assim, conclui que a mediação permite que as partes reestruturem o conflito entendido como “um conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de interesses no relacionamento das pessoas envolvidas”. Adverte, entretanto, quanto às questões relativas à efetividade da mediação na “administração do conflito” (Warat, 2001, p.80), exemplificando a atitude armada e defensiva em face do conflito, bem assim a possibilidade da falta de preparo dos mediadores.

A conciliação, por sua vez, é também um procedimento de autocomposição caracterizado pela sua natureza extrajudicial e pelo objetivo precípua de tão-somente solucionar o conflito em pauta, com comprometimento voluntário das partes. Destaque-se que, na conciliação, atribui-se ao conciliador a função de propor as alternativas de resolução, com base nas peculiaridades inerentes a cada caso, ou seja, esse método propõe uma maior intervenção do terceiro na solução propriamente dita, por meio da intensa participação do conciliador.

4 Mediação como instrumento de gestão – Os instrumentos de gestão sob a perspectiva inter e intragovernamental

O estudo da gestão governamental por intermédio de instrumentos de gestão tem se tornado relevante, na medida em que se constata que as tecnologias materiais de governo têm ocupado papel de destaque em relação às teorias clássicas em que o foco estaria na soberania e na legitimidade dos governantes. Nesse sentido, os instrumentos de gestão e seus dispositivos encarnariam uma racionalidade legal formal de desenvolvimento da sociedade atual, em oposição aos modelos clássicos em que a centralidade estaria na figura do governante e em sua capacidade de exercer sua legitimidade e fortalecer a soberania do país.

Esse deslocamento pode ser considerado relevante no quadro das transformações tecnológicas nos processos de globalização e no aumento crescente da complexidade dos procedimentos de gestão.

Nesta pesquisa, como já afirmado anteriormente, pretende-se compreender como alguns dispositivos de gestão, em particular a mediação, podem contribuir para a melhoria da gestão pública, em particular para a gestão inter e intragovernamental, ou seja, o foco desta pesquisa está nas relações Estado-Estado.

Os instrumentos de gestão, muitas vezes, quando estudados sob a perspectiva do funcionalismo, são considerados como uma perspectiva secundária ou marginal em relação a outras variáveis (instituições, interesses ou crença de atores) (SABATIER, *apud* LASCOUMES; LES GALÈS, 1999). De acordo com Lascoumes e Les Galès (2006, p. 272, tradução livre das autoras), a orientação funcionalista da análise dos instrumentos de gestão está marcada por cinco postulados:

- a) A ação pública está fundamentalmente concebida no interior de um senso pragmático, como uma simples *démarche* político-técnica de resolução dos problemas via instrumentos;
- b) Os instrumentos são tomados como algo natural que estão sempre à disposição, ou seja, não surgem da perspectiva de melhor adequação aos objetivos propostos;
- c) Os instrumentos devem ser considerados como algo que deva ter correspondência e pertinência entre os instrumentos e a avaliação dos efeitos por eles criados;

- d) As ferramentas clássicas possuem lacunas e os instrumentos são utilizados como uma maneira de oferecer uma alternativa aos instrumentos habituais (planificação, esquema de organização e outros);
- e) As análises são realizadas por ponto de partida, seja a importância das redes de ação pública específicas, seja a autonomia de subsetores da sociedade, mas eles convergem ao fazer da escolha e combinação dos instrumentos uma questão central para uma ação pública concebida em termos de gestão de redes. Esse procedimento distancia-se das questões clássicas colocadas pela sociologia política.

Para Lascoumes e Les Galès (2006) esses postulados podem ser excedidos à medida que se rompe com a perspectiva de que os instrumentos são neutros e não se reduzem à pura técnica.

Importante compreender é que, ao escolher um instrumento em detrimento de outro, tem-se um resultado distinto, mesmo que os objetivos e metas propostos sejam os mesmos. Ou seja, os instrumentos de gestão estruturam a ação pública segundo sua própria lógica de funcionamento. Uma vez colocados em prática, produzem efeitos originais e muitas vezes inesperados.

A análise da gestão por intermédio dos instrumentos pressupõe que o conceito de eficiência organizacional esteja intimamente relacionado à existência de adequados instrumentos de gestão, capazes de subsidiar decisões e ações administrativas. Sob a perspectiva de Lascoumes e Les Galès (2006), os instrumentos possibilitam determinar quais recursos podem ser utilizados e por quem. Para eles, os instrumentos são como instituições sociais, permitem estabilizar as formas de ação coletiva, na medida em que definem a ação dos atores. Os instrumentos permitem diferenciar os objetivos das reformas, os instrumentos preconizados, sua utilização e os parâmetros adotados. Para Bruno Jobert (1994), a mudança das políticas públicas tem passado muito mais pelo controle das receitas do que por suas grandes finalidades, qual seja, a realização de direitos na forma de serviços.

A escolha de determinados instrumentos em detrimento de outros e sua operacionalização não se resume a uma mera escolha técnica, mas apresenta a escolha de caminhos de desenvolvimento de políticas públicas, determinando suas características, finalidades e objetivos, em suma, trata-se de escolhas políticas.

Além de demonstrarem essas escolhas, os instrumentos de gestão induzem efeitos específicos para além daqueles programados ou esperados pelos gestores que o conceberam, ou seja, ao serem colocados em ação, agregam representações específicas de determinadas realidades e também problematizam particularmente algumas questões.

Nessa medida, os instrumentos de gestão nos servem para relacionar as transformações que se operam intraórgãos da Administração Federal e, a partir dessa detecção, será possível identificar fenômenos que se operam internamente no Estado brasileiro, os quais se podem denominar de ações de recomposição do Estado. Sociologicamente, poder-se-ia afirmar, de acordo com Durkheim (2010), que as ações de conciliação ultrapassariam o limite da solução de conflitos e rumariam para a recomposição do tecido social, ou seja, seriam um instrumento de coesão social, na medida em que a instauração de processos judiciais de lenta tramitação poderia provocar situações de anomia.

Lascoumes e Les Galès (2004) consideram os instrumentos como dispositivos cada vez mais técnicos e sociais, organizadores das relações sociais específicas entre o poder público e seus destinatários, em função das representações e significações do qual eles são portadores. No caso em tela, há uma reflexão acerca de questões intraestatais, contudo percebe-se que a própria criação da CCAF demonstra a disposição de interferência direta na organização e nas relações sociais, na medida em que suas ações têm rebatimento direto na efetivação de políticas públicas.

Ainda, segundo esses autores, os instrumentos são construtos sociais e políticos e são portadores da noção de “transformações cumulativas”. Ou seja, a partir dos instrumentos adotados, podem-se identificar falhas e pontos positivos para ser incorporados ou refletidos na adoção de políticas públicas. Essa percepção pode se tornar tangível na medida em que se percebe um aumento na busca de soluções por intermédio da ação extrajudicial, menos custosa para o erário e mais célere.

5 A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

A solução de controvérsias e conflitos por intermédio de câmaras de conciliação já é uma experiência validada em vários países, e no Brasil temos, entre outras, a experiência da CCAF, órgão da Consultoria-Geral da União criado pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, e tem sua forma de atuação regulamentada pela Portaria da Advocacia-Geral da União (AGU) nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, cujo objetivo principal é evitar litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal.

Com a edição da Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008, as controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos estados ou do Distrito Federal também são matérias de competência da CCAF (AGU, 2008).

De acordo com o Inventário das Principais Medidas para Melhoria da Gestão Pública no Governo Federal Brasileiro (BRASIL, 2009), produzido pela equipe do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPÚBLICA), as atividades desenvolvidas estão baseadas na identificação de pontos conflituosos e na conciliação dos interesses divergentes entre os diversos órgãos e entidades da Administração Federal, a fim de evitar a judicialização das demandas e de contribuir para o encerramento de processos já existentes no Judiciário. Seus esforços estão direcionados para o índice de conciliação, além da disseminação da cultura de pacificação dentro da administração pública, promovendo a celeridade e a satisfação dos interessados envolvidos nessas controvérsias.

A Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE), órgão vinculado à Presidência da República, tem, nos últimos anos, desenvolvido projetos e planos estratégicos (Brasil 4 Tempos, entre outros) com o intuito de pensar o país no médio e no longo prazo, posicionando-o no cenário internacional, a partir de estudos prospectivos e inovadores que visem ao desenvolvimento da nação. As Metas do Centenário se incluem no quadro do bicentenário da Independência do Brasil; para celebrar essa data, o governo brasileiro apresenta à sociedade um plano estratégico de desenvolvimento que pretende aprofundar a democracia com base na participação e na sustentabilidade e por meio do desenvolvimento das potencialidades nacionais. O contexto nacional está entremeado por uma

dinâmica internacional cada vez mais complexa, em que o Brasil tem ocupado, nos últimos anos, um lugar crescentemente privilegiado.

Pensar estrategicamente o futuro do Brasil: esse é o objetivo das Metas do Centenário. Participaram da elaboração das Metas técnicos da SAE, representantes de todos os ministérios, da Casa Civil e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

Interessa, contudo, citar as metas 2 e 5, as quais propõem a solução de litígios, controvérsias e conflitos por meio da via administrativa. A meta 2 apresenta a intenção de redução do litígio e a racionalização da atuação dos advogados públicos federais, com aumento da segurança jurídica para desafogar o judiciário e acelerar a resolução de conflitos, administrativamente, entre os órgãos da administração federal e entre a União e os entes federados. Para viabilizar esta meta, a CCAF ocupa lugar importante, na medida em que a proposta de solução de conflitos pela via administrativa é o caminho suscitado para reduzir em um milhão as ações contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por meio da análise e eventual concessão de benefícios por meio das instâncias administrativas.

Outra ação relevante é a instituição de instrumentos de prevenção de litígios, como a introdução de controles mais efetivos sobre o potencial de litigiosidade de políticas públicas. Para concretização dessa ação, é perceptível notar a presença da necessidade de uma mediação antes mesmo da instituição de determinadas políticas públicas, pois, antes de instituídas as divergências, poderiam ser pensadas ações pacificadoras entre órgãos ao permitir que estes se vejam como órgãos parceiros e complementares. Mesmo no interior do próprio órgão ou na relação intragovernamental, pode haver visões diferentes de concepção e efetivação que podem levar futuramente a eventuais processos judiciais; não seria excesso dizer que entre órgãos governamentais existe competição.

A última ação da meta 2 resume a proposta de operacionalização, qual seja, a promoção de instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos.

Na meta 5, a AGU reafirma a necessidade de atuar rotineiramente como uma instituição que age em direção à prevenção e resolução judicial e extrajudicial de conflitos. Para viabilizar essa meta, a AGU se propõe a criar uma rede de produção de conhecimento jurídico-social com o intuito de sistematizar os dados disponíveis no órgão, com vistas a identificar e caracterizar fontes primárias de produção de dados e de informações sobre o fenômeno jurídico.

Essa ação incide sobre outra ação concernida à mesma meta, qual seja, retirar mais de dois milhões de ações da Justiça, mediante cooperação entre a AGU e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para diminuir o número de ações ajuizadas em matéria de direito à saúde, como o incentivo à conciliação e à mediação de conflitos e a definição de marcos legais para as políticas de saúde.

Em termos gerais, as atividades da CCAF fundamentam-se, basicamente, na identificação dos pontos conflituosos nos interesses divergentes dos órgãos e das entidades da Administração Federal.

O objetivo final da existência da CCAF, como já dito, não se limita a aumentar os índices de conciliação, mas, principalmente, disseminar a cultura de pacificação no âmbito da Administração Pública.

Mesmo os casos não conciliados, por conta de alguma inviabilidade, são, conforme a natureza da demanda, solucionados por meio de pareceres da Consultoria-Geral da União, aprovados pelo AGU, o que se constitui resolução por arbitragem, ressalvados os conflitos envolvendo os estados ou o Distrito Federal, que não podem ser solucionados pela via do parecer em virtude do princípio da autonomia dos entes federativos, que proíbe a ingerência impositiva de um ente político sobre outro.

Relativamente à atuação da CCAF no biênio de 2007-2008, é possível destacar importantes dados, que levam à compreensão das soluções promovidas pelas conciliações. Nota-se uma relevante abrangência, uma vez que os órgãos participantes variaram desde os níveis estatais até o nacional, desde universidades públicas até a União propriamente dita.

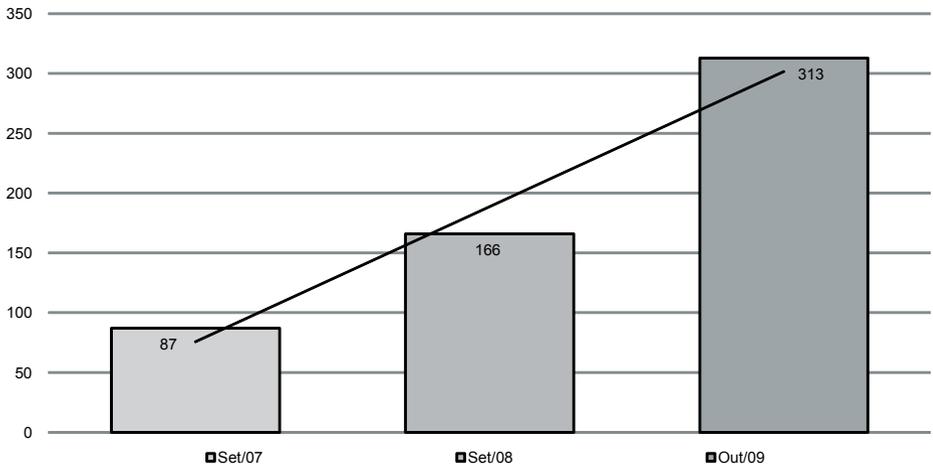
O INSS e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional foram os entes que mais atuaram como interessados em atividades conciliatórias. O INSS é, entre os órgãos estatais, aquele que mais tem ações em que figura no polo ativo ou passivo: são milhões de processos. Em virtude dessa posição ocupada pelo instituto, a CCAF incluiu como uma de suas metas estratégicas a solução extrajudicial de pelo menos um milhão de ações em que o INSS esteja em litígio ou seja litigado em processos intraestatais.

A CCAF, além de atuar em casos em que não tenha havido a judicialização de conflitos, atua também, como já dito, em ações que se encontravam em processo de judicialização. A seguir, registra-se a estatística dos trabalhos desenvolvidos pela CCAF no período de 2007 a 2009.

No Biênio 2007-2008, a CCAF conseguiu fazer com que mais de R\$ 3,6 bilhões voltassem a circular, ou seja, fossem liberados do bloqueio judicial. Esse desbloqueio fez com que recursos que estavam destinados a serviços, obras e políticas públicas fossem aplicados, gerando assim mais empregos, contratações e realização de direitos na forma de serviços e políticas públicas. Importante revelar que nos anos de 2004 a 2007 as câmaras *ad hoc* foram responsáveis pelo desbloqueio de aproximadamente R\$ 500 milhões, e em apenas dois anos de funcionamento da CCAF esse valor aumentou 620%.

O gráfico 6 apresenta a evolução processual desde a criação a CCAF. Já no primeiro ano de funcionamento da câmara, verificou-se um incremento no quantitativo de processos tramitando pela unidade na ordem de 91%, fechando setembro de 2008 com saldo de 166 processos. No segundo ano de existência da CCAF, houve crescimento de 87% de processos analisados, representando aumento de 260% no volume das controvérsias analisadas pelos conciliadores desde a criação da instituição até outubro de 2009.

GRÁFICO 6 – CCAF – Evolução processual de julho de 2007 a outubro de 2009



Fonte: CCAF – Relatório de Gestão – De 2007 a 2009.

Importante frisar que os processos tramitados na CCAF tratam tão-somente de disputas intragovernamentais, do que se pode depreender que existe muita disputa e concorrência entre os órgãos que fazem parte da Administração

Pública. Embora pareça óbvia essa assertiva, muitas vezes não se considera essa lógica de ação ao se proporem políticas públicas, e quando essas encontram barreiras e dificuldades com outros órgãos governamentais não se considera essa variável. Entende-se, contudo, que essa variável se autonomiza de todas as outras complexas questões que envolvem o funcionamento de um país de proporções continentais, mas seria interessante considerar esse tipo de situação quando da solução de conflitos e controvérsias.

6 Considerações finais

Ao longo da trajetória de pesquisa, pôde-se constatar que existe competitividade intragovernamental, que se traduz em alto índice de litigância entre a União e seus entes (estados, municípios e autarquias). Muito se tem estudado acerca da relação Estado e sociedade, mas pouco se tem estudado acerca das relações entre Estado e Estado, sob a perspectiva da Administração e da gestão social.

Esta pesquisa intenta contribuir com essa discussão, particularmente ao lançar luzes sobre a litigância intragovernamental. O que resulta desta análise é a constatação de que está havendo uma litigância crescente, em particular no que tange àquela em que o Estado é demandante, nos últimos quatro anos, período de realização de nossa pesquisa empírica.

Apresentamos, como recorte empírico, a experiência da CCAF como uma possibilidade de enfrentar esse alto índice de litigância, já percebido pelo próprio judiciário como um problema de gestão. Em virtude dessa comprovação e entendendo ser a mediação e a conciliação um caminho profícuo para a solução de conflitos e controvérsias entre órgãos em litígio, como nos casos analisados – desde que deslocadas para a solução de conflitos por intermédio da via extrajudicial, ou seja, pela via administrativa.

Seguindo essa constatação, analisamos casos em que instituições públicas recorreram à CCAF e obtiveram sucesso na solução de suas diferenças. Não foram analisados casos de fracasso, pois entende-se que, mesmo quando não solucionados os casos, as partes tiveram a oportunidade de conhecer-se pessoalmente, conversar, ouvir e ser ouvidas, fazendo com que a solução, mesmo que seja no Judiciário, tenha um caráter menos bélico e de mais entendimento.

Referências

- BRASIL. Advocacia-Geral da União; Escola da Advocacia-Geral da União. **Relatório de Gestão 2007**. Disponível em: < http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=74700&id_site=1105>. Acesso em: 7 nov. 2010.
- _____. **Relatório de Gestão 2008**. Disponível em: < http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=74700&id_site=1105>. Acesso em: 7 nov. 2010.
- _____. **Relatório de Gestão 2009**. Disponível em: < http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=74700&id_site=1105>. Acesso em: 7 nov. 2010.
- _____. Câmara de Conciliação e Arbitragem. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 1099/2008**.
- _____. Secretaria de Assuntos Estratégicos. **As Metas do centenário**. Disponível em: <<http://www.sae.gov.br/brasil2022/?p=341>>. Acesso em: 7 nov. 2010.
- _____. Secretaria de Gestão Pública. Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização. (2009). **Inventário das principais medidas para melhoria da gestão pública no governo federal brasileiro**. 2009. <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/arquivos/091211_Inventario.pdf>. Acesso em: 5 de fev. 2010.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2008 – variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LASCOUMES, Pierre & LE GALÉS, Patrick. **Gouverner par les instruments**. Paris: Presses de Sciences Po, 2004. (Collection Académique).

_____. **Instrument**. In: BOUSSAGUET, Laurie ; JACQUOT, Sophie; RAVINET, Pauline (Orgs). Dictionnaire des politiques publiques. Paris: Presses de Sciences Po. 2006. (Collection Références).

MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de Administração Pública**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MORAIS, José Luiz Bolzan e SPLENGER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”. In: **Revista Sequência**, n. 55, p. 303-326, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15059/13729>>. Acess. em: 5 fev. 2010.

NETO, Theobaldo Splenger e SPLENGER, Fabiana Marion (organizadores). **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de Lei**. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>>. Acesso em: 5 fev. 2010.

RUA, Maria das Graças. Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel. **O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados**. Brasília: Paralelo 15, 1998. p. 231-260. Disponível em: <http://vsites.unb.br/ceam/webceam/nucleos/omni/observa/downloads/pol_publicas.PDF>. Acesso em: 6 nov. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). **Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. **As vozes do mundo: para novos manifestos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

_____. **Introdução à gestão pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. 2007 (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do vale dos Sinos, São Leopoldo, 2007).

_____. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos**. Ijuí: Unijuí, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. A mediação e a Previdência Social. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes. **Introdução ao Direito Previdenciário**. São Paulo: LTR, 1988.

Meios Consensuais de Solução de Conflitos na Supervisão do Sistema Financeiro: oportunidades de aprimoramento no processo administrativo sancionador do Banco Central do Brasil

Luciane Moessa de Souza*

1 Introdução. 2 Utilização de meios consensuais no processo administrativo sancionador. 3 Veículo normativo apto a prever o uso de meios consensuais de solução de conflitos no âmbito da supervisão do sistema financeiro. 4 Solução de conflitos pelas agências reguladoras. 5 Gerenciamento de processos ou processo coletivo. 6 Termo de ajustamento de conduta: cabimento, legitimados, participação do Ministério Público, conteúdo e efeitos. 7 Conclusão.

Resumo

Busca demonstrar o potencial dos meios consensuais de solução de conflitos para aprimorar o exercício da atividade de supervisão do Banco Central do Brasil. Indicam-se os diversos precedentes normativos a respeito, assim como exemplos bem-sucedidos de implementação prática de tais métodos, notadamente na esfera econômica. Defende-se a possibilidade de regulação do tema por atos normativos do Conselho Monetário Nacional, com fundamento tanto na legislação específica do sistema financeiro quanto em normas gerais que autorizam a realização de acordos por entes públicos no Direito brasileiro.

* Procuradora do Banco Central do Brasil, conciliadora da Câmara de Mediação e Arbitragem da Administração Federal. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), doutoranda em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Aborda-se ainda a necessidade de gerenciamento coletivo de demandas repetitivas, bem como questões relevantes envolvidas na celebração de termos de ajustamento de conduta, quais sejam, quem deve participar do procedimento, qual o seu conteúdo mínimo, seus efeitos e se deve ou não ocorrer a participação do Ministério Público.

Palavras-chave: Meios consensuais. Solução de conflitos. Supervisão do sistema financeiro.

ABSTRACT

The present paper aims to demonstrate the potential of the consensual methods of conflict resolution to improve the inspection of the financial system by the Brazilian Central Bank. It appoints the various existing rules on the subject, as well as good examples of their practical use, specially in the economic field. It sustains the possibility that the subject is regulated by administrative rules, of the National Monetary Counsel, based both on the financial system legislation and on the general laws regarding settlements by public agencies in Brazilian law. It also approaches the need of collective management of repetitive disputes, and, at last, relevant matters regarding the formal settlements, such as who has to participate, which are their minimal contents, their effects and if the participation of the Public Ministry is necessary or not.

Keywords: Consensual tools. Conflict resolution. Inspection of the financial system.

1 Introdução

A mediação e/ou a conciliação de conflitos na esfera administrativa podem ser utilizadas numa grande variedade de situações,¹ desde as reclamações

1 Os meios consensuais de solução de conflitos entre entes públicos e particulares podem ser utilizados, por exemplo, em processos de fiscalização e licenciamento, bem como nos processos envolvendo a reparação de danos decorrentes da lesão a bens de interesse público. Podem ser utilizados também nas situações em que estão envolvidos no conflito, que pode vir a ensejar a atuação fiscalizatória do ente público, usuário e prestador de serviços de natureza privada, como é típico no procedimento administrativo desencadeado nas agências reguladoras a partir das reclamações de usuários. Ressalte-se

apresentadas às ouvidorias de órgãos públicos até processos administrativos punitivos, ou, ainda, em quaisquer situações em que os cidadãos ou entes privados exerçam direito de petição. A justificativa para a utilização de meios consensuais de solução de conflitos assenta-se em princípios constitucionais, expressos ou não, que devem nortear a atuação da Administração Pública, tais como o princípio da eficiência, o princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade, o princípio da razoável duração do processo administrativo, bem assim o princípio democrático.

Para Onofre Alves Batista Júnior (2007, p. 488), que enquadra a transação para encerrar litígios na esfera administrativa como uma espécie de “contrato administrativo alternativo”,² não existe necessidade de prévia autorização legislativa para que o administrador público que detenha a competência para atuar em determinada matéria, expedindo atos administrativos em seu mister, opte pela utilização, em substituição ou em preparação ao ato administrativo, de contratos administrativos, sempre que, por essa via, for mais bem assegurada a proteção aos diversos interesses públicos em jogo.³

Vale a pena transcrever, neste compasso, as suas lições:

[...] em um Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista e participativo), o contrato administrativo deve ter a mesma dignidade do ato administrativo como instrumento de constituição, modificação e extinção de relações jurídico-administrativas. Em um Estado, como o Brasil, que esboça uma administração pública consensual mais democrática, deve-se

que, nesta última hipótese, quando não ficar caracterizada a violação de norma apta a desencadear o exercício do poder de polícia, o próprio ente público regulador pode atuar como mediador do conflito. Ainda, é possível a utilização de meios consensuais no processo disciplinar em que a gravidade da possível infração praticada pelo servidor público recomenda uma solução mais voltada à adequação da conduta que à punição pura e simples do servidor, como vem ocorrendo, por exemplo, no município de Belo Horizonte, com a suspensão do processo administrativo disciplinar. É perfeitamente cabível, do mesmo modo, a utilização de meios consensuais para resolução de eventual conflito quanto ao valor do imóvel no procedimento de desapropriação, como vem fazendo o município de São Paulo. Por fim, embora não se tenha ainda identificado nenhuma iniciativa nesse sentido no Brasil, é plenamente plausível (e altamente recomendável) a utilização de meios consensuais para solucionar conflitos entre Administração Pública e cidadão ou ente privado em qualquer processo individual no qual seja exercido o direito de petição, seja para requerer a prática, a modificação, a anulação ou a revogação de um ato, seja para requerer uma indenização por dano decorrente de atuação do poder público.

- 2 Segue a definição do autor de tal contrato: “contrato administrativo alternativo é contrato vinculante, de subordinação, pelo qual a Administração e administrados, mediante concessões recíprocas, preparam os termos ou efetivamente constituem, modificam ou extinguem relação jurídica típica de direito administrativo, no intuito de possibilitar uma atuação consensual mais democrática da Administração, alternativa à emanção de ato unilateral imperativo, ou de prevenir ou terminar controvérsias, buscando, assim, maior eficiência na atuação administrativa, quando desenvolvida com a colaboração do administrado.” (2007, p. 527). (grifei).
- 3 Afirma ele, textualmente: “Para que o administrador público possa utilizar o contrato administrativo como forma de atuação, não é preciso que a lei expressamente atribua competência para manejo da via concertada.” (2007, p. 488).

considerar implícita uma base de legalidade formal para a celebração de contratos administrativos alternativos nas normas de competência material que não imponham, expressa ou implicitamente, a forma de ato administrativo para a produção dos efeitos de direito. (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 489).

Essa possibilidade genérica de celebrar um contrato administrativo em substituição a um ato administrativo, porém, somente existe, para Batista Júnior (2007, p. 490), “quando o contrato não está afastando determinações genéricas de lei, mas está sendo celebrado nas margens de discricionariedade abertas para emanção de ato administrativo”, e não ocorre se houver vedação legal.

2 Utilização de meios consensuais no processo administrativo sancionador

A atuação do poder público na proteção de interesses essenciais (assim resguardados pela ordem jurídica) e de titularidade genérica (como a proteção do meio ambiente, da saúde ou da segurança pública) envolve, em inúmeras situações, a limitação a interesses de titularidade individual, seja na esfera da propriedade, seja em alguma espécie de liberdade, tal como se dá comumente com a livre iniciativa ou a liberdade de exercício de profissão. Trata-se do tradicional conceito de poder de polícia, que apresenta duas facetas (preventiva e repressiva), ambas igualmente férteis no potencial para o surgimento de conflitos.

Podem, assim, surgir conflitos nessa seara, seja na faceta preventiva, durante o processo de licenciamento ou autorização de empreendimentos ou atividades, seja na faceta punitiva, que diz respeito à aplicação de sanções quando da verificação de condutas que afrontam normas de proteção a interesses gerais, causando risco ou dano concreto a bens jurídicos da coletividade. Passo a me concentrar nesta última.

Em inúmeras situações concretas nas quais, em tese, pode ser desencadeada a atuação sancionadora do Estado, estão presentes, em certa medida, variáveis com acentuada complexidade técnica e incerteza científica objetiva que levam o particular a questionar seja a legalidade ou constitucionalidade da norma

regulamentar que disciplina o assunto, seja a interpretação que a ela está sendo dada pelo ente fiscalizador. A par dos parâmetros normativos, contudo, e da segurança jurídica que se pretende seja por eles proporcionada, é preciso lembrar sempre que os interesses da coletividade que a norma busca proteger são por demais relevantes e devem ter um peso decisivo na controvérsia.

Não é por outra razão, aliás, que as normas sancionadoras costumam conceder ao administrador uma margem razoável de discricionariedade, com a finalidade de propiciar, por evidente, não uma atuação arbitrária, mas o sopesamento dos inúmeros fatores concretos que podem ter influenciado na conduta do particular.

Foge ao escopo deste trabalho demonstrar – o que já têm feito diversos publicistas de escol – como é possível e necessário construir pautas objetivas de justificação das escolhas discricionárias da Administração Pública, pautas que contribuem para tornar ainda mais evidente o grau de complexidade envolvido em tais escolhas.

Incontáveis conflitos que surgem no que diz respeito à proteção ambiental, para ficar no exemplo mais óbvio, envolvem questões técnicas de imensurável complexidade, para cujo desate, muitas vezes, ainda serão necessários muitos estudos e pesquisas científicas futuras. Em determinadas situações, contudo, a dificuldade reside pura e simplesmente na apuração de dados que permitam mensurar a gravidade de um impacto ambiental já ocorrido e, assim, identificar a técnica, o custo e o tempo necessários para mitigá-lo.

Em hipóteses como essas, o diálogo entre o ente fiscalizador e o particular fiscalizado pode e deve se iniciar no âmbito do esclarecimento das controvérsias fáticas e científicas envolvidas, seja para escolher o(s) especialista(s) que emitirá(ão) um parecer ou levantará(ão) os dados pertinentes, seja no que diz respeito à metodologia empregada para tal fim, seja, ainda, evidentemente, na definição dos dados relevantes a ser apurados e ou avaliados. Em outros casos, ainda, a dificuldade é de fácil solução sob o aspecto técnico, porém sua viabilização econômica pelo particular requer algum tempo para adaptação, em especial quando se trata de alteração normativa que requer grandes investimentos ou alterações em procedimentos administrativos.

O que todas essas diferentes circunstâncias apresentam em comum é a imperiosa necessidade de construção de uma solução adequada na qual colaborem entes públicos, particulares responsáveis por possível risco ou dano e a comunidade afetada.

Quando se pensa na aplicação de meios consensuais no âmbito do processo administrativo sancionador, costuma-se salientar, como vantagens na celebração do ajuste, a composição mais rápida do conflito (tornando viável a própria prevenção do ilícito), a economia de recursos que se verifica com a adoção do método, bem assim sua maior flexibilidade – características que permitem levar-se em conta a situação peculiar do (potencial) autor do ilícito, as razões que o levariam à prática do ilícito, sua condição econômica, o prazo em que seja possível a regularização da conduta e, ainda, a necessidade ou não de adoção de medidas compensatórias (caso o dano já tenha sido consumado ou seja inevitável).

Trata-se, enfim, de um método que prestigia, segundo o ensinamento de Geisa Rodrigues (2006), os princípios do acesso à justiça, da prevenção, da tutela específica dos direitos e, ainda, o princípio democrático, tendo em vista a participação do infrator na elaboração da solução mais adequada para a regularização de sua conduta.

A celebração de termo de ajustamento de conduta, de fato, é a que se revela mais compatível com a observância do princípio da proporcionalidade, a ser utilizado em todos os casos de colisão entre direitos fundamentais, normalmente ocorrente em conflitos dessa natureza:

[...] é o valor da proporcionalidade que determina que a tutela dos direitos, tanto judicial quanto extrajudicial, deve prestigiar a forma que se revele menos onerosa para os demais direitos protegidos pelo sistema. Portanto, na formulação do compromisso, deve-se estabelecer a conduta que, ao mesmo tempo que represente adequação à norma, se revele menos gravosa para o obrigado. (RODRIGUES, 2006, p. 124).⁴

Por todas essas razões é que a doutrina se revela entusiasta dos métodos não adversariais de composição de conflitos. Geisa Rodrigues, por exemplo, afirma: **“Sempre que haja possibilidade do acordo, pela evidente ampliação de acesso à justiça que o mesmo proporciona, deve-se preferir promover o ajustamento de conduta.”** (2006, p. 135) (grifei).

4 Mais adiante, esclarece a autora: “A participação na formação da decisão daqueles que por ela se obrigarão é uma nota relevante para o sucesso dessa justiça consensual. O transgressor ou iminente transgressor tem necessariamente seu ponto de vista considerado na elaboração das cláusulas do ajuste, o que pode ser fundamental para que não venha a descumprilo.” (2006, p. 133).

A admissibilidade de busca de uma solução consensual já está claramente prevista em nosso ordenamento em diversas leis e normas regulamentares, notadamente desde a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que incluiu o parágrafo 6º no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública:

Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Órgãos públicos legitimados, como se sabe, segundo o art. 5º da mesma lei, são o Ministério Público, a Defensoria Pública (esta desde a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007), a União, estados, Distrito Federal, municípios e os respectivos entes da Administração indireta nas quatro esferas.

Resta, assim, expressamente admitida em nosso ordenamento a celebração de transações visando garantir a adequação de conduta de ente público ou particular em conflitos envolvendo os interesses protegidos pela Lei da Ação Civil Pública, tal como dispõe o art. 1º da nº Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

- I – meio ambiente;
- II – **proteção do consumidor;**
- III – ordem urbanística;
- IV – bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- V – **proteção da ordem econômica e da economia popular.** (grifei).

O que a norma em questão autoriza, portanto, é que a administração, no exercício de seu poder de polícia, deixe de aplicar uma penalidade, optando pela celebração de um termo de ajustamento de conduta com o administrado. Para que a aplicação pura e simples da penalidade deixe de ocorrer, sendo substituída pela celebração de transação com o suposto infrator, é necessário, naturalmente, que exista prévia autorização normativa, inclusive para estipular os requisitos e o procedimento que culminará na solução consensual. Não se exige, porém, que esse ato normativo seja necessariamente uma lei, pois tais critérios e tal procedimento podem estar previstos em norma regulamentar, desde que exista previsão legislativa anterior ou eventual delegação expressa para a autoridade com competência regulamentar na matéria.

A par dessa previsão genérica da Lei da Ação Civil Pública, existem múltiplos exemplos de previsões legislativas para tal prática. Em matéria ambiental, por exemplo, a possibilidade de celebração de compromisso de ajuste de conduta também está prevista no art. 79-A da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que lhe foi acrescentado pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23 de agosto de 2001.⁵

Além da previsão da Lei nº 7.347, de 1985, já referida, é relevante acerca da possibilidade de celebração de ajuste de conduta, em nível federal, também o que dispõe o art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo nessa esfera e estipula, entre os critérios que deverão nortear o processo administrativo, o seguinte: “VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (grifei).

Vale destacar, mais uma vez, o ensinamento de Batista Júnior (2007, p. 361), cuja tese de doutorado na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) versou especificamente sobre a possibilidade de transações na esfera administrativa:

O ordenamento jurídico brasileiro não determina que a Administração deva exercer seus poderes apenas de forma imperativa e unilateral, mas, ao contrário, prestigia a participação do administrado e as soluções concertadas. Se a Administração, em reverência ao princípio da eficiência administrativa, pode bem cumprir seus fins sem se valer, imperativamente, da prerrogativa de impor condutas aos administrados, por certo deve poder atuar, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, da forma menos invasiva à esfera de liberdade dos indivíduos.

5 Eis a redação do citado dispositivo: “Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do Sisnama, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. § 1º O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no caput possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre: I – o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais; II – o prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período; III – a descrição detalhada de seu objeto, o valor do investimento previsto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas; IV – as multas que podem ser aplicadas à pessoa física ou jurídica compromissada e os casos de rescisão, em decorrência do não cumprimento das obrigações nele pactuadas; V – o valor da multa de que trata o inciso IV não poderá ser superior ao valor do investimento previsto; VI – o foro competente para dirimir litígios entre as partes. [...] § 5º Considera-se rescindido de pleno direito o termo de compromisso, quando descumprida qualquer de suas cláusulas, ressalvado o caso fortuito ou de força maior. § 6º O termo de compromisso deverá ser firmado em até noventa dias, contados da protocolização do requerimento. § 7º O requerimento de celebração do termo de compromisso deverá conter as informações necessárias à verificação da sua viabilidade técnica e jurídica, sob pena de indeferimento do plano. § 8º Sob pena de ineficácia, os termos de compromisso deverão ser publicados no órgão oficial competente, mediante extrato.” (grifei).

A par dessa previsão genérica, existem, ainda, diversas outras normas de hierarquia de lei ordinária, bem como normas regulamentares expedidas no campo da regulação de serviços de interesse público (que mencionarei no item seguinte), que têm consagrado expressamente a possibilidade de transação, ainda que a possibilidade não tenha sido prevista já na legislação que definiu as atribuições da agência reguladora ou órgão de supervisão.

O primeiro exemplo de previsão normativa do termo de ajustamento de conduta em nosso ordenamento foi o artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁶

Norma similar veio prevista no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), cujo art. 74 inclui entre as atribuições do Ministério Público: “X – referendar transações envolvendo interesses e direitos dos idosos previstos nesta lei”.

Na esfera trabalhista, com relação a normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, também existe previsão expressa na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a respeito, no art. 627-A, introduzido pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001.⁷ Além de ser possível a celebração de termo de ajuste de conduta no âmbito do próprio Poder Executivo, como autoriza a norma transcrita, idêntica competência possui o Ministério Público do Trabalho, conforme se verifica do art. 876 da CLT, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000.⁸

Outro exemplo de previsão normativa para a celebração de uma espécie de transação na esfera administrativa, em hipótese de cometimento de irregularidade administrativa, encontra-se no Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006, que

6 Eis a redação do dispositivo: “Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

7 Segue a redação do dispositivo citado: “Poderá ser instaurado procedimento especial para a ação fiscal, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso, na forma a ser disciplinada no Regulamento da Inspeção do Trabalho.” A norma em questão foi regulamentada pelo Decreto nº 4.552, de 2002, nos seguintes termos: “Art. 28. O procedimento especial para a ação fiscal poderá ser instaurado pelo Auditor-Fiscal do Trabalho quando concluir pela ocorrência de motivo grave ou relevante que impossibilite ou dificulte o cumprimento da legislação trabalhista por pessoas ou setor econômico sujeito à inspeção do trabalho, com a anuência da chefia imediata. [...] § 3º O procedimento especial para a ação fiscal destinado à prevenção ou saneamento de infrações à legislação poderá resultar na lavratura de termo de compromisso que estipule as obrigações assumidas pelo compromissado e os prazos para seu cumprimento. § 4º Durante o prazo fixado no termo, o compromissado poderá ser fiscalizado para verificação de seu cumprimento, sem prejuízo da ação fiscal em atributos não contemplados no referido termo. § 5º Quando o procedimento especial para a ação fiscal for frustrado pelo não atendimento da convocação, pela recusa de firmar termo de compromisso ou pelo descumprimento de qualquer cláusula compromissada, serão lavrados, de imediato, os respectivos autos de infração, e poderá ser encaminhado relatório circunstanciado ao Ministério Público do Trabalho. § 6º Não se aplica o procedimento especial de saneamento às situações de grave e iminente risco à saúde ou à integridade física do trabalhador.”

8 Eis a redação: “As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executados pela forma estabelecida neste capítulo.” (grifei).

disciplina a atividade de supervisão do Ministério da Educação no âmbito do ensino superior. Em caso de representação realizada por órgãos representativos de alunos, professores ou de pessoal técnico-administrativo por “irregularidades no funcionamento de instituição ou curso superior” (art. 46), cabe à secretaria competente (de Educação Superior, de Educação Profissional e Tecnológica ou de Educação a Distância) dar ciência da representação à instituição, “que poderá, em dez dias, manifestar-se previamente pela insubsistência da representação ou requerer a concessão de **prazo para saneamento de deficiências**, nos termos do art. 46, § 1º, da Lei nº 9.394, de 1996”⁹ (art. 47) (grifei).¹⁰ Na matéria em tela, em caso de irregularidades de menor gravidade e cujo saneamento se entenda possível com relativa facilidade, em vez de ocorrer a aplicação de penalidades, ocorre a celebração de ajuste específico entre instituição fiscalizada e ente fiscalizador.

No plano da proteção à ordem econômica, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 incluiu (art. 14) entre as competências da Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça que integra o sistema de defesa da concorrência, ao lado do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade): “IX – celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao Cade, e fiscalizar o seu cumprimento.”

O chamado “compromisso de cessação” corresponde ao “termo de ajustamento de conduta” na esfera do Cade. As hipóteses de cabimento do ajuste e o procedimento para exigibilidade de seu cumprimento encontram-se

9 Note-se que, ao contrário do que afirma esse dispositivo do decreto, o artigo 46, parágrafo 1º, da Lei nº 9.394, de 1996 (LDB), não trata de processo de representação contra instituição de ensino, mas sim de necessidade de saneamento de deficiências apurada em processo de avaliação da instituição, como se vê do texto do dispositivo da lei: “Art. 46. A autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação. § 1º Após um prazo para saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação a que se refere este artigo, haverá reavaliação, que poderá resultar, conforme o caso, em desativação de cursos e habilitações, em intervenção na instituição, em suspensão temporária de prerrogativas da autonomia, ou em descredenciamento”.

10 Os artigos 48 e seguintes detalham os procedimentos subsequentes: “Art. 48. Na hipótese da determinação de saneamento de deficiências, o Secretário exará despacho, devidamente motivado, especificando as deficiências identificadas, bem como as providências para sua correção efetiva, em prazo fixado. § 1º A instituição poderá impugnar, em dez dias, as medidas determinadas ou o prazo fixado. § 2º O Secretário apreciará a impugnação e decidirá pela manutenção das providências de saneamento e do prazo ou pela adaptação das providências e do respectivo prazo, não cabendo novo recurso dessa decisão. § 3º O prazo para saneamento de deficiências não poderá ser superior a doze meses, contados do despacho referido no *caput*. [...] Art. 49. Esgotado o prazo para saneamento de deficiências, a Secretaria competente poderá realizar verificação *in loco*, visando comprovar o efetivo saneamento das deficiências. Parágrafo único. O Secretário apreciará os elementos do processo e decidirá sobre o saneamento das deficiências. Art. 50. Não saneadas as deficiências ou admitida de imediato a representação, será instaurado processo administrativo para aplicação de penalidades, mediante portaria do Secretário, da qual constarão: [...] III – informação sobre a concessão de prazo para saneamento de deficiências e as condições de seu descumprimento ou cumprimento insuficiente.

detalhados no art. 53, com a redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007.¹¹ Cabe ressaltar, desde logo, porque, muitas vezes, a possibilidade de celebração de acordo para ajustamento de conduta somente é possível na hipótese de infrações de pouca gravidade, que, no âmbito da atuação do Cade, ela é possível para qualquer tipo de infração, pois inclusive a vedação inicialmente instituída à celebração de ajuste em casos de apuração de cartel veio a ser posteriormente afastada pelo legislador.

A competência para assinar o acordo em questão inclui-se entre as atribuições do presidente do Cade (art. 8º, VII). Esse acordo, segundo o parágrafo 4º do art. 53 da mesma norma, constitui título executivo, cujo cumprimento, segundo o parágrafo único do art. 12, pode e deve ser exigido pelo Ministério Público Federal. A implementação prática de tal procedimento foi objeto de entrevista realizada por esta autora na autarquia,¹² na qual se apurou que a possibilidade de celebração da transação verifica-se a partir de um requerimento do interessado, o que se dá em pequeno número de casos dentro do universo de procedimentos destinados a apurar a prática de infração – de acordo com os entrevistados, que atuam em tais procedimentos, o percentual de casos em que isso ocorre não deve chegar a 5%. Ressalte-se, contudo, que o número de compromissos de cessação celebrados é

11 Transcreve-se a redação atual do dispositivo: “Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei. § 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: I – a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; II – a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; III – a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. § 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do artigo 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no artigo 23 desta Lei. § 3º A celebração do termo de compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada. [...] § 5º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. § 6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. § 7º Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução. § 8º. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade. § 9º O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação.” (grifei).

12 Foram entrevistados Diogo Thomson de Andrade, Fernando A. A. de Oliveira Júnior e Victor Santos Rufino, todos procuradores federais no Cade, e Tatiana Aranovich, gestora pública que também atua na autarquia, em 11 de novembro de 2010.

bastante superior ao de julgamentos desfavoráveis aos investigados,¹³ o que indica que sua não celebração, na maior parte dos casos, deve-se ao fato de a conduta investigada não caracterizar efetivamente infração à ordem econômica. Em outras palavras, na maior parte dos casos em que a conduta lesiva efetivamente existe, ocorre a celebração do compromisso de cessação.

Os entrevistados informaram que, entre os casos em que ocorre o requerimento, ou seja, nas hipóteses em que o interessado apresenta uma proposta de celebração de compromisso, o acordo chega efetivamente a ser celebrado em cerca de 75% dos casos. A celebração do compromisso de cessação é fruto de intensa negociação entre o representado e a Comissão de Negociação, composta de, no mínimo, três servidores do Cade (normalmente alguns são procuradores), que atuam consoante as diretrizes do conselheiro que seja o relator do processo – a participação mais ou menos intensa do conselheiro nos trabalhos da comissão depende do estilo adotada por cada um deles, assim como da complexidade do caso concreto; alguns concedem mais ou menos autonomia à comissão. Os três servidores são escolhidos entre os dez membros de um Grupo Técnico de Negociações, comitê permanente criado em 2008¹⁴ e encarregado de atuar nessas comissões de negociação. O processo poderá durar até sessenta dias, e as regras do procedimento estão dispostas nos arts. de 129 a 130 do Regimento Interno do Cade.

Os critérios para celebração dos compromissos levam em conta, entre outros fatores, o grau de incerteza quanto aos fatos investigados ou sua dimensão, os custos da eventual realização de instrução, bem assim, naturalmente, a proteção aos interesses que é buscada pela norma proibitiva. Da parte das empresas representadas, estas costumam atribuir grande peso ao impacto do processo em sua reputação no mercado, dado que a existência de processos de tal natureza costuma ter grande divulgação na mídia.

A decisão final sobre a celebração ou não do acordo, seja no caso do compromisso de cessação (durante os procedimentos de apuração de

13 Até outubro de 2010, por exemplo, houve apenas dois julgamentos desfavoráveis, ao passo que foram firmados quatorze termos de compromisso de cessação.

14 O Grupo Técnico de Negociações foi criado pelo Despacho nº 165/2008 da Presidência do Cade, em observância à Resolução Cade nº 50, de 1º de outubro de 2008. A criação desse grupo, segundo os entrevistados, representou um marco na gestão das negociações no âmbito do Cade, pois possibilitou a capacitação de um quadro permanente de servidores em estratégias de negociação, a instituição de um banco de dados que registre a experiência acumulada, a realização de estudos e discussões das melhores práticas internacionais na matéria, assim como a concepção de planos de trabalho que utilizem esse aprendizado. Nenhum dos integrantes do grupo, porém, atua exclusivamente em tais negociações.

infração à ordem econômica), seja no caso do compromisso de desempenho, ou ainda no caso do acordo de preservação da reversibilidade da operação, supramencionado (estes últimos, como visto, assumidos por ocasião do julgamento de atos de concentração), é do plenário do Cade.

Os entrevistados informaram ainda que, no caso do compromisso de cessação de conduta, o monitoramento do seu cumprimento é realizado por sua procuradoria, sendo que o percentual de cumprimento é bastante próximo de 100%. Essa, aliás, é uma das grandes demonstrações da efetividade da negociação, pois, no processo tradicional de cobrança de penalidades impostas pelo Cade de 2003 a 2008, por exemplo, apenas 18% das obrigações foram cumpridas e apenas 11,47% do valor total inscrito em dívida ativa pela procuradoria do Cade foi efetivamente recolhido.

Vale referir também que, no âmbito da supervisão das infrações à ordem econômica, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) pode celebrar acordo de leniência com as pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de tais infrações e decidam colaborar com as investigações, possibilitando a obtenção de provas e/ou a identificação dos demais autores, mediante o qual a penalidade para os denunciante fica afastada ou reduzida. Trata-se de instituto semelhante à delação premiada e que se encontra previsto nos art. 35-B e 35-C da Lei nº 8.884, de 1994 (acrescidos a ela pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000).

Ainda no plano da ordem econômica, mas especificamente no que se refere à fiscalização das empresas e entidades que atuam no mercado de valores mobiliários, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, prevê a possibilidade de celebração de termo de compromisso em seu artigo 11, que trata das diversas penalidades aplicáveis nessa matéria.¹⁵

15 Eis os parágrafos do referido artigo 11 da Lei nº 6.385, de 1976, que tratam do tema: “§ 5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: I – cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II – corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos. § 6º O compromisso a que se refere o parágrafo anterior não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. § 7º O termo de compromisso deverá ser publicado no Diário Oficial da União, discriminando o prazo para cumprimento das obrigações eventualmente assumidas, e constituirá título executivo extrajudicial. § 8º Não cumpridas as obrigações no prazo, a Comissão de Valores Mobiliários dará continuidade ao procedimento administrativo anteriormente suspenso, para a aplicação das penalidades cabíveis. § 9º Serão considerados, na aplicação de penalidades previstas na lei, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade.

A fim de dar efetividade a tal norma, a Deliberação CVM nº 486, de 2005, criou o Comitê de Termo de Compromisso, encarregado de emitir parecer acerca da celebração de tais ajustes, podendo, antes da elaboração de seu parecer, negociar com o proponente as condições da proposta de termo de compromisso, sugerindo as alterações que entenda pertinentes para o seu aprimoramento. Como relata Cuêva (2007, p. 300), até 2 de julho de 2007,

[...] haviam sido celebrados 104 termos de compromisso pela autarquia, dos quais 67 foram cumpridos, arquivando-se o processo em relação aos compromitentes, e 36 encontravam-se em cumprimento, tendo apenas um deles sido descumprido. Vale lembrar que, entre maio de 2006 e maio de 2007, a CVM celebrou nada menos que 50 termos de compromisso.

E prossegue ele:

Esse notável sucesso pode também ser atribuído à flexibilidade com que têm sido moldados os termos de compromisso celebrados pela CVM, cujas cláusulas, em muitos casos, não se limitam à cessação da prática, à correção das irregularidades ou à indenização dos danos por elas causados, mas visam também à prevenção das irregularidades e à reparação às lesões aos direitos difusos ou coletivos envolvidos.

Também Alexandre Pinheiro dos Santos (2010, p. 5) relata que a atuação do Comitê de Termo de Compromisso no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), órgão integrado pelo superintendente-geral, por vários outros superintendentes e pelo chefe da Procuradoria Federal na CVM, redundou, a partir de 2005, “em um sensível incremento da qualidade e da quantidade dos termos de compromisso celebrados”, pois, “antes do ano de 2005, foram celebrados, em média, cinco ajustes por ano, enquanto no ano de 2008, por exemplo, foram celebrados 64 termos, envolvendo 471 (quatrocentos e setenta e um) interessados.” Santos (2010, p. 5) informa que alguns dos termos de compromisso são firmados, inclusive, em conjunto com o Ministério Público Federal, a partir de um termo de cooperação firmado entre a CVM e Ministério Público Federal (MPF) em 8 de maio de 2008, tendo alguns acordos previsto “a destinação de recursos recebidos a título de desestímulo de condutas semelhantes ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos”. Além da economia de

tempo e recursos propiciada com a utilização do instituto, com a “possibilidade de se ressarcir (sic) todos os lesados pelas práticas reputadas ilícitas com especiais celeridade e efetividade”, o autor aponta que o instrumento é também muito vantajoso em razão das “evidentes dificuldades estatais relacionadas com o tema da prova” nesse tipo de ilícito (SANTOS, 2010, p. 6).

3 Veículo normativo apto a prever o uso de meios consensuais de resolução de conflitos no âmbito da supervisão do sistema financeiro

No que diz respeito à área de atuação do Banco Central do Brasil, muito embora já tenha havido pronunciamentos no sentido de ser necessária lei ordinária prevendo expressamente a possibilidade de celebração de termos de ajuste de conduta,¹⁶ é de se verificar que, além de já existir, como visto, previsão nesse sentido no corpo da Lei nº 7.347, de 1985, (a qual estabelece tal possibilidade seja no âmbito da proteção à ordem econômica e à economia popular, seja no âmbito da proteção ao consumidor), tal possibilidade decorre também dos poderes atribuídos ao Conselho Monetário Nacional (CMN) na esfera de sua competência regulamentar. É o que se depreende do artigo 4º, VIII, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964:

Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

[...]

VIII – regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas. (grifei).¹⁷

Ora, a previsão da possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta no âmbito da atividade de supervisão das instituições financeiras constitui, certamente, fiscalização das atividades reguladas pela referida lei, bem assim diz respeito à aplicação das penalidades nela previstas.

16 Neste sentido, Luiz Alfredo Paulin (1999), Ricardo Villas Bôas Cuêva in Fábio Medina Osório (coord.) (2007, p. 281-309).

17 Pertinente a respeito ainda o artigo 10, que dispõe: “Compete privativamente ao Banco Central do Brasil: [...] IX – exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas.”

Parece pertinente transcrever, nesse particular, as lições de Sidnei Turczyn (2005, p. 372-376) no que concerne à abrangência da atividade fiscalizatória do Banco Central:

Quanto ao âmbito da extensão dos poderes de fiscalização do Banco Central, este não se limita às instituições financeiras cujo funcionamento foi, originariamente, regulamentado pela Lei 4.595/1964. Com o passar do tempo, outras atividades foram qualificadas por lei como atividades financeiras e, conseqüentemente, tornaram-se subordinadas a esse poder de fiscalização.

Esse fenômeno ocorreu: a) com a Lei 6.385/1976, que criou a Comissão de Valores Mobiliários e distribuiu competências fiscalizatórias entre esta e o Banco Central; b) com o Decreto-lei 2.291/1986, que submeteu ao Banco Central a fiscalização das atividades dos órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação; e c) com a Lei 8.177/91, que outorgou ao Banco Central a função fiscalizatória das empresas administradoras de consórcios, fundos mútuos e demais formas associativas de crédito e, também, lhe deu funções fiscalizatórias sobre operações realizadas nos mercados financeiros por empresas de seguro, previdência privada e de capitalização.

[...]

A fiscalização a cargo do Banco Central inclui, ainda, por força do disposto na [...] Lei 9.613/1998, a prevenção de ilícitos cambiais e financeiros, definidos [...] como “captação, intermediação e aplicação de recursos próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira que, por suas características, podem ser utilizadas na prática de transações financeiras ilícitas.”

Em relação a todas estas atividades fiscalizadas pela autarquia, portanto, cabível a celebração de termo de ajustamento de conduta, seja de forma isolada,¹⁸ seja ao lado do MPF, como abordarei na seção 6.

Nesse compasso, vale mencionar, pela profundidade com que examinou o tema dos limites e possibilidades do poder regulamentar no âmbito do Sistema Financeiro, as conclusões alinhavadas por Flávio José Roman (2008, p. 94) em trabalho recente:

18 Tal incumbência deverá ser exercida pelo Departamento de Controle e Análise de Processos Administrativos Punitivos (Decap), nos termos do artigo 64 do Regimento Interno do Banco Central do Brasil.

[...] de um lado, se o regulamento não é independente da lei, não há infringência à legalidade, mas, antes, ele é forma de execução ou de atendimento das finalidades previstas na lei. De outro lado, se a lei de habilitação possui uma adequada densidade normativa, capaz de antecipar os princípios jurídicos incidentes e as finalidades a serem atendidas pelo exercício da função, não há que se falar em infringência à proibição de delegação de função. Essa compreensão conta com a aprovação da doutrina – até mesmo em autores que são clássicos da literatura de Direito Administrativo, como Victor Nunes Leal e Castro Nunes – e de precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Cabe referir, ainda, para concluir, que inexistente no texto constitucional qualquer previsão de reserva de lei nessa matéria,¹⁹ sendo que os princípios e finalidades que deverão nortear o exercício do poder normativo pelo CMN encontram-se previstos de forma suficientemente clara no art. 3º da Lei nº 4.595, de 1964.

4 Solução de conflitos pelas agências reguladoras

No âmbito das agências reguladoras, é ainda mais comum a previsão de utilização de meios consensuais (ou mesmo da arbitragem) para solução de conflitos entre usuários e concessionários prestadores de serviços, bem como entre concessionários entre si.

A atuação de tais agências merece um item à parte porque, no caso dos conflitos por elas resolvidos, muito embora exista uma interação com o poder de polícia – pois o conflito entre usuário e prestador do serviço pode resultar na verificação de uma infração e acabar resultando na aplicação de uma penalidade –, isso não ocorre necessariamente (em especial nos conflitos entre prestadores), de modo que, em muitas situações, a concessionária está numa posição de equidistância em relação às partes, que lhe propicia uma condição ideal para resolver tais conflitos. Como

19 Vale transcrever ainda as lições de Simone Lahorgue Nunes (2000, p. 132) acerca do assunto: “[...] verificamos que não se trata de atribuir ao Executivo tarefas reservadas pela Constituição ao Poder Legislativo, não constituindo, portanto, delegação e não ofendendo ao princípio da ‘separação dos poderes’, mas sim na atribuição pela Constituição ao Poder Executivo do poder de dispor sobre determinadas matérias, sendo certo que o próprio Texto Constitucional encarregar-se-á de dispor quando se trata de função legislativa (delegada ou não) e quando se trata de função regulamentar.”

anota Barroso (2006, p. 80), “as agências reguladoras costumam ser autorizadas por lei a dirimir tanto controvérsias nas quais o poder concedente é parte [...] quanto as que se instaurem entre dois ou mais particulares, sejam concessionários ou empresas do setor, seja entre essas empresas e seus usuários.”

No exercício dessa competência, como muito bem observa Cuéllar (2008, p. 65), “as agências devem tentar resolver as controvérsias amigavelmente (procurando inicialmente a conciliação de interesses) e suas decisões serão sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.”

No mesmo sentido, a opinião de Mastrangelo (2005, p. 71):

Trata-se de função destinada à própria tutela dos destinatários do serviço público, que tem amparo no direito comparado. Nessa esteira, invoque-se a Resolução nº 39/248, de 16/04/1985 da Assembléia Geral das Nações Unidas, que, entre as “Diretrizes para proteção do consumidor”, concitou os governos ao encorajamento de “todos os empreendimentos a resolverem os conflitos com consumidores de modo justo, rápido e informal, e estabelecer mecanismos-modelo, incluindo serviços consultivos e procedimentos de queixas informais, os quais podem fornecer ajuda aos consumidores” (item 29).

Registre-se, ainda, a opinião de Kátia Junqueira (2009, p. 2), em artigo dedicado exatamente a esse tema:

Na atuação das agências reguladoras como mediadoras, destacamos uma grande oportunidade nas reclamações de usuários contra os delegatários dos serviços públicos, sendo fundamental uma atuação ágil e adequada dos reguladores na solução desses litígios [...] fica evidenciada a vocação natural do regulador para atuar como mediador de conflitos e é certo que, dentro do conceito de autonomia funcional e administrativa e de equidistância de interesses e, portanto, de imparcialidade em que deve se pautar a atuação do regulador, a solução de conflitos por meio do instituto da mediação é um meio adequado de atuar das agências reguladoras.

Ademais, a possibilidade de utilização de meios conciliatórios é recomendável no seio das agências regulatórias da mesma forma que o é para todos os órgãos integrantes da Administração Pública direta. Como bem anota Romeu Bacellar (2007, p. 193):

A Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades. A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. **Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda.** (grifei).

Está prevista, por exemplo, a possibilidade de celebração de termo de ajuste de conduta no plano da fiscalização dos prestadores de serviços de saúde suplementar (planos e seguros privados de assistência à saúde), como se verifica no § 1º do art. 29 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.²⁰

Já o inc. XXXIX do art. 4º (com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001) da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que regula a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), confere a essa agência competência para celebrar tais termos de ajuste de conduta e fiscalizar os seus cumprimentos.

Ainda no âmbito de serviços públicos fiscalizados, a lei que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) previu, em seu art. 3º, V, entre as competências da agência, a de dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores. Dando efetividade ao comando legal, a agência possui resolução normativa específica para tratar da possibilidade de termo de compromisso de ajuste de conduta (TAC) entre a agência e as concessionárias, qual seja, a Resolução Aneel nº 333, de 2008, que dispõe de forma detalhada sobre o procedimento para a celebração do TAC, seu conteúdo (inclusive critérios para a previsão de obrigações) e efeitos de sua celebração na esfera administrativa, bem assim as consequências de seu eventual descumprimento.²¹

20 Eis o dispositivo: “§ 1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta perante a Diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a: I – cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e II – corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes.”

21 Segue o texto da norma referida: “Art. 1º A Aneel poderá, **alternativamente à imposição de penalidade**, firmar Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TAC) com as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e

Cabe referir, ainda, as observações de Guimarães (2009, p. 15) acerca das infrações que ensejam a celebração de TAC no âmbito da Aneel:

Vale lembrar que não é toda penalidade de multa que pode ser convertida em TAC. Isso porque o TAC contém um Plano de Ações e/ou Investimentos, ou seja, substitui-se a sanção por compromissos onerosos que guardam relação com o fato punível. Por exemplo, não se vislumbra possibilidade de celebração de TAC quando a concessionária amplia uma usina termelétrica sem prévia autorização da Aneel, ou quando não executa o procedimento de coleta de dados do sistema de faturamento, de acordo com a Resolução nº 89, de 2004. Muito diferente de quando se viola (sic) as metas dos indicadores de continuidade DEC e FEC, ou quando não há, na área de concessão, número suficiente de postos de atendimento. Nestes últimos casos, é possível para a área de fiscalização da Aneel (ou Agências Estaduais Conveniadas que atuam de forma descentralizada nos Estados) traçar o Plano de Ações e/ou Investimentos, com vistas a permitir que a concessionária corrija, durante a vigência do Termo, as não

instalações de energia elétrica, com vistas a adequar a conduta desses agentes às disposições legais, regulamentares ou contratuais. Art. 2º O TAC poderá ser solicitado por concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, no curso do processo de fiscalização instaurado, a partir do recebimento do Termo de Notificação (TN) pela notificada, até o prazo para interposição do recurso, à Diretoria da Aneel, de que trata o artigo 33 da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004. Parágrafo único. A solicitação para celebração de TAC deverá ser apresentada em petição específica, a qual receberá autuação própria e apensação ao processo fiscalizatório correspondente. Art. 3º A solicitação será encaminhada ao Superintendente de Fiscalização da Aneel a quem a matéria seja afeta, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, observado que: I – se favorável, indicará as condições para a formalização do TAC, incluindo o cálculo da multa passível de ser aplicada, quando for o caso, para fins de ajustamento de um Plano de Ações e/ou Investimentos a serem realizados pela interessada e posterior submissão da proposta resultante para deliberação da Diretoria; II – se desfavorável, prosseguirá a instrução do processo fiscalizatório, hipótese em que a interessada deverá ser intimada e poderá interpor recurso retido no prazo de 10 (dez) dias da intimação, o qual somente será conhecido pela Diretoria da Aneel no julgamento de recurso ao Auto de Infração, se houver. [...] Art. 4º **Compete à Diretoria Colegiada da Aneel decidir, fundamentadamente, acerca da celebração do TAC, observado o interesse público.** § 1º Aprovado pela Diretoria Colegiada, o TAC será firmado pelo Diretor-Geral da Aneel juntamente com o Superintendente de Fiscalização a quem a matéria seja afeta e o representante legal da concessionária, permissionária ou autorizada. § 2º A eficácia do TAC condiciona-se a sua publicação no Diário Oficial da União. Art. 5º A assinatura do TAC acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório correspondente, quanto ao seu objeto. Art. 6º A ausência de assinatura e devolução do TAC, pela concessionária, permissionária ou autorizada, no prazo de 30 (trinta) dias do seu recebimento acarretará perda do direito ao ajuste e prosseguimento do processo de fiscalização. Art. 7º Compete à Superintendência Fiscalizadora da Aneel, cujas atribuições regimentais digam respeito à matéria, ou à área competente da Agência Estadual Conveniada acompanhar o cumprimento do TAC. Art. 8º A assinatura do TAC não importa confissão do agente quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração. Art. 9º Celebrado o TAC, obriga-se o agente a: I – cessar a prática da conduta ajustada; II – corrigir as não conformidades identificadas pela Aneel, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes, conforme o caso; III – informar a todos os consumidores alcançados pelas não conformidades as medidas adotadas para sua correção e compensação; e IV – realizar os investimentos e implementar as ações previstas no TAC. § 1º **As metas e compromissos objeto do TAC deverão, no seu conjunto, ser compatíveis com as obrigações previstas nos regulamentos e contratos que regem a prestação de serviços de energia elétrica descumpridos pela concessionária, permissionária ou autorizada.** § 2º As obrigações decorrentes do TAC são autônomas, em nada alterando, dispensando ou diminuindo as obrigações às quais está sujeita a concessionária, permissionária ou autorizada em virtude do respectivo ato de outorga, das leis e dos regulamentos aplicáveis. Art. 10. São cláusulas obrigatórias do TAC, dentre outras, as que disponham sobre: I – obrigações da concessionária, permissionária ou autorizada, com cronograma detalhado das ações e/ou investimentos que serão implementados, observado o disposto

conformidades encontradas no processo de fiscalização. Se a infração não é passível de correção via investimentos onerosos, não há como celebrar TAC. Cabe lembrar que as correções que a concessionária fará, conforme dito acima, constituem-se em benefícios para seus consumidores.

Importa ressaltar que a possibilidade de utilização de meio consensual para resolver conflitos no âmbito da Aneel não se restringe aos casos em que é possível a aplicação de penalidades, mas abrange também as reclamações de consumidores. O Regimento Interno da Aneel, aprovado pela Portaria MME 349, de 1997, criou, em seu art. 23, a Superintendência de Mediação Administrativa Setorial (SMA), à qual compete, conforme o inciso III, “executar as atividades relacionadas aos processos de consulta aos agentes econômicos, a consumidores de energia elétrica e à sociedade e de atendimento a suas reclamações”. A agência dispõe, assim, também de um programa de mediação voltado para as reclamações de consumidores dos serviços de energia elétrica.

no artigo 9º desta Resolução; II – prestação de informações periódicas à Aneel sobre o andamento do cumprimento dos compromissos assumidos; III – multa pelo descumprimento total ou parcial do Plano de Ação e/ou Investimentos pactuado, cujo valor será correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20% (vinte por cento), sem prejuízo da imposição de multa, em valor fixo, por descumprimento de obrigação acessória estabelecida no Termo; IV – vigência; V – foro, que será a Seção Judiciária da Justiça Federal do Distrito Federal; VI – prazo de 30 (trinta) dias, contado do seu recebimento, para assinatura do TAC, pela concessionária, permissionária ou autorizada. Art. 11. Na hipótese de descumprimento total ou parcial do TAC, a Superintendência Fiscalizadora ou a Agência Estadual Conveniada deverá: I – intimar o agente para, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data da assinatura do Aviso de Recebimento (AR), manifestar-se sobre a constatação; II – emitir Certificado de Descumprimento, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada; e III – comunicar ao agente para, no prazo de 10 dias, contado da data de assinatura do AR correspondente, pagar o valor da multa, sob pena de encaminhamento do processo à Superintendência de Administração e Finanças (SAF) para inscrição do devedor no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados de Órgãos e Entidades Federais (Cadin), nos termos da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e posterior encaminhamento à Procuradoria Federal para inscrição do valor correspondente na Dívida Ativa e respectiva execução, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. [...] Art. 14. O descumprimento do TAC impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta, sobre qualquer objeto, pela concessionária, permissionária ou autorizada no prazo de quatro anos, contados da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC. Art. 15. Durante a vigência do TAC, não será admitida a celebração de outro TAC sobre o mesmo objeto. Parágrafo único. No que se refere especificamente a indicadores de qualidade do serviço, não será considerado mesmo objeto quando se tratar de área de abrangência diversa. Art. 16. O TAC deverá ser publicado, sob a forma de extrato, no Diário Oficial da União, em até cinco dias úteis após a sua assinatura. Parágrafo único. O inteiro teor do termo a que se refere o caput será divulgado no endereço eletrônico <http://www.aneel.gov.br>, e, conforme o caso, no sítio da Agência Estadual Conveniada.” (grifei). Também a Resolução 63/2004 da Aneel, na redação dada pela Resolução 333/2008, possui norma a respeito, verbis: “Art. 21. Poderá a Aneel, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada de serviços e instalações de energia elétrica termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis, conforme regulamentação específica. (Redação dada pela Resolução Normativa Aneel nº 333, de 7.10.2008) § 1º O termo de compromisso de ajuste de conduta será submetido à aprovação da Diretoria da Aneel pela Superintendência onde o processo se originar. § 2º As metas e compromissos objeto do termo referido neste artigo deverão, no seu conjunto, ser compatíveis com as obrigações previstas nos regulamentos e contratos regedores da prestação de serviços de energia elétrica descumpridas pela concessionária, permissionária ou autorizada. § 3º Do termo de compromisso de ajuste de conduta constará, necessariamente, o estabelecimento de multa pelo seu descumprimento, cujo valor será correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20% (vinte por cento).”

Mais uma agência reguladora, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), possui norma regulamentar, a Resolução nº 442, de 2004 (alterada pela Resolução nº 847/05), que disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização, estipulando também a possibilidade de transação na esfera do processo administrativo de sua competência.²²

No caso da norma da ANTT, porém, não se preveem: *i*) qualquer penalidade adicional para o descumprimento do acordo que não seja a aplicação da sanção originalmente cabível; *ii*) qualquer publicidade ao acordo, para assegurar a transparência perante a coletividade de usuários; *iii*) critérios claros para a celebração do acordo; *iv*) monitoramento periódico de seu cumprimento; *v*) procedimentos de mediação desencadeados a partir de reclamações de usuários. Note-se ainda que a Resolução em questão tratou do assunto independentemente de previsão na lei que criou a agência.

Já a legislação da Agência Nacional do Petróleo (ANP), Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, dispõe, em seu art. 20, que “o regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos

22 Eis o teor da norma: “Art. 15. Atuando em caráter preventivo e orientador, a ANTT, por intermédio das Superintendências de Processos Organizacionais competentes, poderá, antes da instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo, ou durante seu curso: I – no caso de ocorrências não consideradas de natureza grave, alertar os infratores quanto às faltas ou irregularidades verificadas, assinando prazo para que sejam sanadas; II – determinar a imediata cessação de prática irregular ou de infração, ordenando, quando possível, a reversão à situação anterior; III – determinar a adoção de medidas administrativas que objetivem o cumprimento das disposições legais, regulamentares, contratuais ou de editais de licitações. [...] § 2º A correção de falta ou irregularidade não impede a instauração do processo administrativo, nem é causa de extinção de punibilidade. § 3º Desde que o fato não constitua crime e não haja lesão ao interesse público nem prejuízo para terceiros ou para a coletividade, a autoridade competente poderá, a seu exclusivo critério, fixar prazo para o cumprimento das determinações de que tratam os incisos II e III deste artigo. Art. 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC). Art. 17. O TAC conterá: I – data, assinatura e identificação completa das partes; II – especificação da pendência, irregularidade ou infração e da fundamentação legal, regulamentar ou contratual pertinente; e III – o prazo e os termos ajustados para a correção da pendência, irregularidade ou infração. § 1º O prazo a que se refere o inc. III será estabelecido pelo Superintendente competente, considerando as particularidades do caso, podendo ser prorrogado por decisão da Diretoria da ANTT. § 2º No transcurso do prazo fixado, o processo administrativo, se instaurado, ficará suspenso. Art. 18. Decorrido o prazo estipulado no TAC, a autoridade competente verificará a execução do compromisso assumido pela empresa concessionária, permissionária ou autorizada, atestando o seu cumprimento, ou não, mediante relatório específico. § 1º Comprovado o cumprimento do compromisso, o processo, se instaurado, será arquivado, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis. § 2º Verificado o não cumprimento do compromisso, serão adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado.” (grifei).

entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.” A referida norma, porém, pelo que se pôde apurar, ainda não resultou na implementação de nenhum programa voltado à conciliação ou mediação de tais conflitos.

Da mesma forma, a legislação que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, estatui, em seu art. 19, XVII, que compete à agência em questão “compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações”, assim como lhe cabe, a teor do art. 19, XVIII, “reprimir infrações aos direitos dos usuários”. Essa agência, contudo, tampouco possui programa de conciliação ou mediação de tais conflitos.

A mais recente previsão de utilização de mediação, conciliação e arbitragem para resolver conflitos em ambiente regulatório deu-se com a criação, pela Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), agência encarregada de monitorar a atuação das entidades que compõem o sistema previdenciário complementar. O art. 2º, VIII, da referida lei, atribuiu à autarquia competência para solucionar controvérsias entre as entidades fechadas de previdência privada, os participantes e assistidos dos planos de benefícios e os patrocinadores ou instituidores. Essa agência elaborou minuta de regulamento de mediação, conciliação e arbitragem, o qual foi submetido a consulta pública em seu sítio eletrônico durante os meses de setembro e outubro de 2010, sendo a redação inicial modificada a partir de algumas contribuições recebidas, convertendo-se, afinal, na Instrução Previc nº 7, de 9 de novembro de 2010. A grande inovação do programa reside no fato de tratar-se do primeiro programa de mediação no âmbito do Poder Executivo destinado também a solucionar conflitos entre usuários e instituições prestadoras dos serviços – o que, no âmbito de outras agências reguladoras, costuma ser feito de maneira informal por intermédio da ouvidoria.

Da mesma forma, esta novíssima agência também possui ato normativo disciplinando a celebração de TAC no âmbito de sua competência fiscalizatória, com base na alteração já contida na legislação que criou a Previc. Trata-se da Instrução Previc nº 3, de 29 de junho de 2010.²³

23 É interessante transcrever a previsão feita na norma regulamentar dos critérios que devem presidir à elaboração do TAC, constante de seu artigo 5º: “[...] deverá ser verificado se a celebração do TAC é o meio adequado e próprio à realização

O que parece relevante ressaltar, com relação especificamente aos conflitos entre usuários e prestadoras de serviços fiscalizados, é que a mera previsão normativa da possibilidade de celebração de transações não significa que a previsão esteja se concretizando na proporção das demandas existentes. Ainda que ela se concretize, todavia, sem que se garanta a existência de programas de capacitação de mediadores ou conciliadores e de sistemas de monitoramento dos resultados e grau de satisfação dos usuários, a existência de programas dessa natureza tampouco significa que os meios consensuais estejam sendo utilizados com a mínima qualidade necessária.

Apesar de serem muitos os exemplos recentes de normas que preveem a celebração de transações nos conflitos entre entes fiscalizadores e entes fiscalizados, o potencial para a institucionalização da mediação ou conciliação em conflitos dessa natureza é ainda imenso.

No âmbito da atuação do Banco Central do Brasil, tendo em vista a competência de seu Departamento de Prevenção a Ilícitos Financeiros e de Atendimento de Demandas de Informações do Sistema Financeiro (Decic) para receber reclamações de clientes ou usuários de instituições financeiras quanto ao descumprimento de normas do Sistema Financeiro Nacional,²⁴ mostra-se apropriada também a utilização de meios consensuais no encaminhamento de tais conflitos. Revela-se ainda bastante adequado, como já vem realizando o Decic, o agrupamento de demandas repetitivas numa espécie de processo administrativo coletivo, tema que abordarei brevemente na seção seguinte.

5 Gerenciamento de processos ou processo coletivo

A legislação brasileira sobre processo administrativo é omissa acerca do número de partes no processo em questão. Todavia, é evidente que, no exercício da competência de supervisão sobre entes regulados, as agências reguladoras, que

eficaz e eficiente do interesse público no caso concreto, ponderando-se, entre outros, os seguintes fatores, quando for o caso: I – a proporcionalidade da proposta em relação à gravidade da conduta em análise; II – a existência de motivos que recomendem que o ajustamento de determinada prática reputada irregular se dê de forma gradual e não repentina; e III – a capacidade do TAC para desestimular a prática de novas condutas semelhantes pelo próprio compromissário e por terceiros que se encontrem em posição análoga à do compromissário no âmbito do sistema de previdência complementar.”

24 Segundo o artigo 67, XII, do Regimento Interno do Banco Central do Brasil (Portaria Bacen nº 43.003, de 31 de janeiro de 2008), cabe ao Decic “atender ao cidadão e monitorar o atendimento pelas instituições financeiras das denúncias e das reclamações apresentadas ao Banco Central referentes ao descumprimento de normas de sua alçada.”

recebem reclamações quanto ao descumprimento de suas normas regulamentares (ou de normas legais) por parte dos entes regulados, frequentemente se deparam com situações de violação sistemática da norma por um determinado ente.

A Lei nº 9.784, de 1999, inclui, em seu art. 2º, que estipula os critérios norteadores do processo administrativo, a seguinte diretriz: “IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.”

Da mesma forma, como se sabe, o princípio da eficiência administrativa encontra expressa previsão constitucional.

Esse quadro principiológico parece autorizar que, em casos dessa natureza (diversas reclamações de usuários, referentes à mesma violação de norma cujo cumprimento compete ao ente regulador exigir do ente regulado), pelas mesmas razões que recomendam a coletivização dos conflitos judiciais que envolvem políticas públicas, parece evidente a necessidade e utilidade de se reunirem todos os procedimentos relacionados a uma única empresa, a fim de se propiciar uma abordagem global e eficaz do problema, mediante um “processo administrativo coletivo”.

Essa medida traz a evidente vantagem de propiciar que seja exigido do ente violador que elabore um plano de ação destinado a corrigir a conduta ilícita com relação a todos os seus usuários, bem assim um plano destinado a estabelecer critérios de reparação dos danos já causados aos reclamantes e outros prejudicados que venham a ser identificados pela ação fiscalizadora. Dessa forma, a postura da empresa no que diz respeito à adequação futura de seu comportamento às normas vigentes, bem como no que toca à correção das violações já ocorridas, poderá ser considerada no momento da fixação da penalidade a ser aplicada por seu comportamento ilícito passado.

Ainda que não seja, porém, instaurado um único processo, é evidente a possibilidade de se reunirem, para trâmite conjunto, os diferentes processos administrativos envolvendo a mesma reclamação contra determinado ente regulado.

Note-se que ao menos uma agência reguladora já previu tal procedimento em norma regulamentar. A Resolução nº 442, de 5 de outubro de 2004, da ANTT, previu expressamente a possibilidade, em seu art. 9º:

Art. 9º Ocorrendo pluralidade de infrações, cometidas por um mesmo infrator, a ANTT poderá, a seu exclusivo critério, instaurar um ou vários processos distintos, considerando, dentre outros fatores, a natureza das ocorrências e as penalidades cabíveis.

Registre-se, porém, que, tendo em vista a complexidade do tema, que envolverá os usuários do serviço (prejudicados pela violação da norma) que já haviam feito reclamações, os que ainda não haviam feito reclamações (a serem ainda identificados pela ação fiscalizadora), a reparação dos danos já ocorridos, a definição de penalidade adequada (à luz dos critérios legais e circunstâncias fáticas envolvidas) e, ainda, o plano de ação para adequação do comportamento futuro do ente regulado, esse tipo de procedimento, para que seja adequadamente implementado, normalmente necessitará da intervenção de um terceiro capacitado em mediação de conflitos, o qual pode ou não pertencer aos quadros do ente público.

6 Termo de ajustamento de conduta: cabimento, legitimados, participação do Ministério Público, conteúdo e efeitos

Como já salientado inicialmente, a situação ideal em termos de processo administrativo sancionador seria aquela em que a solução consensual fosse sempre a primeira a ser buscada.

Todavia, tendo em conta a redação dos textos legais que disciplinam a matéria e a falta de tradição na aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflitos, em especial na esfera pública, a interpretação que tem sido dada na prática, infelizmente, não tem sido a de celebrar o ajuste de conduta **sempre que possível**. Assim, parece que, a par da difusão da “mentalidade conciliatória” entre os órgãos públicos legitimados a celebrá-lo, melhor andaria o legislador se tivesse previsto a **obrigatoriedade da negociação**, ou seja, a obrigatoriedade da tentativa do acordo, que obviamente pode vir a resultar infrutífera, mas garantiria que a negociação fosse necessariamente instaurada.

Quer me parecer que a questão da obrigatoriedade melhor se coloca na perspectiva do ente público legitimado a celebrar o ajuste, esteja ele no polo

ativo, esteja no polo passivo. Isso porque não pode o Poder Público simplesmente recusar-se a adotar a conduta que se mostre consentânea com a definição mais rápida e ponderada de uma solução para a efetivação dos direitos fundamentais colocados no conflito.

Em suma, entendo que **o Poder Público, quando no polo ativo, deve ser sempre obrigado a oferecer ao particular a oportunidade da solução negociada**. Sendo essa a interpretação mais alinhada com o princípio do acesso à justiça, com o princípio democrático e o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, a interpretação conforme a Constituição do dispositivo da lei da ação civil pública acerca do assunto é a que preconiza essa obrigatoriedade ou, no mínimo, a **necessidade de motivação da não instauração da negociação**.

Quando no polo passivo, ainda com maior razão, imperativa se demonstra a **necessidade de instauração da negociação**, já que, muitas vezes (exceto quando se tratar de ação civil pública ajuizada por associação), teremos dois órgãos públicos em conflito (no polo ativo poderá estar outro ente público ou o Ministério Público), de modo que aquele que está no polo passivo tem o dever de colaborar para o alcance de uma solução adequada o mais rápido possível.

Ivan Ruiz (2003, p. 486), ao se pronunciar sobre o tema em sua tese de doutoramento, asseverou que: “Antes da propositura de uma ação judicial, é perfeitamente cabível o procedimento prévio obrigatório de mediação”, sendo que, para o mesmo autor, é “perfeitamente possível, dentro de certos limites, as pessoas de direito público serem submetidas ao procedimento de mediação.” (RUIZ, 2003, p. 484).

Quanto ao particular, a toda evidência, parece ser de seu interesse a busca de uma solução consensual, já que, à falta desta, corre o risco, por exemplo, de ver sua atividade paralisada de imediato, ou sofrer a imediata aplicação de uma penalidade, sendo desnecessária, assim, a imposição de obrigatoriedade para ele nesse sentido.

No que diz respeito ao resultado da negociação, frise-se que nada impede que se obtenha um acordo relativo a apenas uma parte do objeto conflituoso,²⁵ obtendo-se o título executivo eficaz quanto à parte em que houve a composição

25 Assim já se pronunciou Geisa Rodrigues (2006, p. 191).

e prosseguindo-se o inquérito ou a ação coletiva para obter-se decisão referente à parcela sobre a qual ainda não se obteve uma solução consensual.

Passo a analisar a questão dos legitimados para tomar o ajuste. A Lei da Ação Civil Pública exige, em relação ao termo de ajustamento de conduta extrajudicial, a presença de um ente público no polo ativo (art. 5º, § 6º). Esse ente público pode ser, portanto, o Ministério Público ou outro órgão com competência na matéria. Observe-se, quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, que falece a elas legitimação ativa quando se tratar de entes que explorem atividade econômica, apenas legitimando-se as prestadoras de serviços públicos.²⁶ No polo passivo, evidentemente, figurará o autor da lesão ou ameaça ao direito protegido.

Já no que concerne ao Ministério Público, Fernando Grella Vieira (2002, p. 272) chama a atenção para duas limitações atinentes ao exercício dessa competência:

A primeira decorrente do federalismo. Os Ministérios Públicos estaduais têm a competência limitada à esfera de interesse da respectiva Unidade Federada. Bem por isso, a Lei 7.347/85, quando trata da legitimidade ativa, expressa que será admitido o “litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei”.

Se os interesses ofendidos são de âmbito regional, dizendo respeito a mais de um Estado, ou se são de âmbito nacional, não pode determinado Ministério Público estadual, ainda que também interessado, com exclusividade, promover isoladamente a tutela.

A segunda restrição prende-se à destinação institucional do Ministério Público, definida na Constituição Federal, de órgão defensor de interesses sociais e individuais indisponíveis, o que vale dizer que nem sempre os interesses coletivos ou os chamados interesses individuais homogêneos poderão ser tutelados pela instituição, se deles não despontar a presença de interesse público primário (artigo 127, *caput*, c/c o artigo 129, IX, da CF).

Se assiste inteira razão ao autor nesse último aspecto, com relação ao primeiro, particularmente, entendo que poderia, sim, o Ministério Público Estadual atuar

26 Nesse sentido também o ensinamento de Geisa Rodrigues (2006, p. 163). Deve-se notar, todavia, que, no rol de legitimados ativos para a propositura da referida ação, constam também as associações constituídas há mais de um ano que atuem na área ambiental (art. 5º, *caput*, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), de modo que, lembra a autora, em se tratando de ajustamento de conduta firmado em juízo no seio de ação proposta por associação, esta é que figurará no polo ativo.

isoladamente, até porque o Ministério Público do(s) outro(s) estado(s) atingido(s) pode não estar diligentemente atuando na matéria, ficando circunscrita a eficácia do termo de ajuste de conduta, todavia, aos limites do estado no qual atua o Ministério Público Estadual que efetivamente firmar o ajuste.

Discute-se, quando o Ministério Público não estiver no polo ativo, se ele também deverá participar do ajuste. A doutrina inclina-se a defender a participação obrigatória da instituição. Para Geisa Rodrigues (2009, p. 197), por exemplo, “a atuação como ‘fiscal da lei’ do Ministério Público independe de autorização específica [do legislador], uma vez que a cláusula geral de interesse público sempre pode ser invocada.”²⁷

O tema tem consequências bastante relevantes, com relação à **definitividade ou não dos efeitos do ajuste no que diz respeito aos entes que dele não tomaram parte.**

Hugo Mazzilli (2007, p. 240), que entende não ser obrigatória a participação do Ministério Público, sustenta que, quando um dos entes públicos competentes firma o ajuste, todos os demais entes “se beneficiam, sem dúvida, com a formação do título, mas não estão impedidos de ajuizar ações coletivas ou individuais, de objeto mais abrangente.” Para esse autor,

[...] nada obsta a que um órgão público legitimado tenha tomado um termo de compromisso de ajustamento com o causador do dano e, a seguir, um outro co-legitimado público, considerando insatisfatório o acordo, obtido, venha a tomar, do causador do dano, um compromisso ainda mais abrangente. (MAZZILLI, 2007, p. 242).

Já Édis Milaré²⁸ e Fernando Grella Vieira, que entendem ser imprescindível tal participação, defendem que a celebração de termo de ajustamento de conduta

27 Resume ela os argumentos para sua posição, até para prevenir futuros problemas relativos ao cumprimento do ajuste: “[...] se o Ministério Público tem que intervir necessariamente em todas as ações civis públicas que não tenha tentado, se é o único legitimado com poderes para instaurar o inquérito civil, requisitar informações e serviços para proteger esses direitos, não se pode imaginar que a solução extrajudicial envolvendo tais conflitos possa ser realizada sem a sua interveniência.”, até para prevenir futuros problemas relativos ao cumprimento do ajuste. (RODRIGUES, 2006, p. 197). No mesmo sentido, Milaré (2002, p. 204) e Vieira (2002, p. 274-275).

28 Afirma ele: “Cumpridas as obrigações avençadas, na forma, prazo e condições fixadas, serão elas consideradas extintas, desaparecendo o interesse de agir dos legitimados. O ajuizamento da ação civil pública por outro ente, co-legitimado, sob pena de se vulnerar o princípio da segurança jurídica, só será possível para suprir omissão da transação (p. ex., prestação necessária, não incluída no compromisso) ou em razão de vício propriamente dito (p. ex., estabelecimento de obrigações ou condições atentatórias à finalidade da lei.” (MILARÉ, 2002, p. 205).

não apenas impede que seja celebrado outro com base no mesmo conflito como também obstaculiza a revisão de seu conteúdo em juízo, salvo em caso de insuficiência ou nulidade do conteúdo. Afirma este último:

Se o autor do dano ou da conduta ofensiva que se pretende ver obstada manifestar formalmente o propósito de atender às obrigações legais, este seu gesto, em tese considerado, representa um interesse legítimo de evitar a ação judicial que, como se sabe, acarretará ônus maiores.

[...]

Conferindo a lei eficácia executiva ao compromisso de ajustamento, sendo ele celebrado, desaparece, em tese, o interesse de agir dos colegitimados para a propositura da ação civil pública, justamente em razão da desnecessidade de se percorrer a fase de conhecimento se já se tem título hábil a amparar a execução.

De outro lado, se o autor da ofensa se submete a ato de tais efeitos, sujeito ainda a cominações em caso de descumprimento da avença (multa diária), há de militar-lhe um mínimo de segurança jurídica. E essa segurança consiste exatamente em não se poder desprezar a existência do compromisso. (VIEIRA, 2002, p. 277).

Assim, sustenta Vieira (2002, p. 286-288) somente ser possível o ajuizamento de ação civil pública: *i*) se houver insuficiência do conteúdo pactuado (se “a situação lesiva aos interesses tutelados reclamasse o atendimento de outras exigências que não foram, todavia, estabelecidas no compromisso, isto é, obrigação diversa ou mais onerosa, além das que foram consagradas no termo de compromisso”); *ii*) manifesta inadequação do conteúdo (quando “as obrigações impostas e as condições do seu cumprimento sejam inadequadas à recomposição do interesse ofendido”); ou *iii*) quando o “compromisso seja obtido por órgão que não tenha legitimidade para o caso concreto”. Na primeira hipótese, a ação poderá ter objeto suprir a omissão do termo de ajuste; na segunda, ele deve ser desconstituído por meio da ação; na terceira, deve ser tido por inexistente.

Tais hipóteses dizem respeito aos limites para a celebração do ajuste, que, como assevera unanimemente a doutrina, deve respeitar as normas legais pertinentes. Vieira, por exemplo, assevera: “A esfera passível de ajuste fica circunscrita à forma de cumprimento da obrigação pelo responsável, isto é, ao modo, tempo, lugar e outros aspectos pertinentes.” (2002, p. 279). Da mesma posição compartilha Milaré (2002, p. 202), entre outros.

Além disso, como bem lembra Daniel Fink (2002, p. 121), as “condições que cercam a obrigação principal não podem torná-la impossível de ser realizada; devem ser lícitas; e não impossibilitar sua mensuração econômica, sob pena de desnaturá-la como obrigação ou torná-la ilíquida.”

Mesmo quando se limita a possibilidade de revisão do acordo a questões de ilicitude, é evidente a instabilidade da solução para o ente público ou privado que assume as obrigações.

É natural, porém, que, quando da celebração de um termo de ajuste de conduta, os entes públicos legitimados, notadamente quando integrantes do Poder Executivo, somente tenham o devido cuidado de se assegurar da legalidade e conveniência do acordo no âmbito de suas competências.

O ideal, sobretudo para quem se obriga, é a **inclusão no polo ativo de todos os entes públicos com competência na matéria, bem assim o Ministério Público**, encarregado de tutelar os interesses da coletividade como um todo – o que bem se insere dentro da proposta já referida de obrigatoriedade da participação na negociação por parte de entes públicos.

Ademais, a fim de assegurar a verificação ampla da legalidade do termo e a consequente definitividade de seus termos, é sempre possível optar-se pelo caminho da homologação judicial, como sugerido por Mazzilli (2007, p. 242).

Evidente, por fim, que, nos TAC firmados por entes públicos, embora se trate de órgãos com atribuições específicas de atuação no âmbito da proteção do direito envolvido, a representação de **todos** os interessados efetuada por essa via (participação obrigatória de um ou mais entes públicos no polo ativo) pode não se revelar o meio mais adequado para o equacionamento do conflito.

Deve-se observar que a questão de quem deve tomar parte nas deliberações que levam ao ajuste não se esgota aí. Se é certo que apenas figurarão como **partes**, no polo ativo, o ente público que tomou a iniciativa de exigir a regularização da conduta e, no polo passivo, o agente (público ou privado) que em tese praticou o ilícito (por ação ou omissão), a doutrina é uníssona em reconhecer legitimidade a outros entes para **participar na negociação**, seja pedindo informações, seja contribuindo com dados ou pareceres técnicos, seja opinando ou defendendo interesses que ali estivessem sub-representados ou os defendendo, tal como deveria ocorrer mesmo na jurisdição coletiva

contenciosa.²⁹ Nesse sentido as lições de Geisa Rodrigues, em seu inigualado estudo sobre a ação civil pública e o termo de ajustamento de conduta:

[...] consideramos bastante recomendável que a elaboração do ajuste possa ser acompanhada por aquele que motivou a atuação administrativa, independentemente de quem a tenha formulado, cidadão ou associação. [...] E também por todos aqueles que tenham interesse no deslinde da questão, notadamente nos casos de maior complexidade. Essa participação também pode ocorrer em audiência pública, quando se deve ouvir (sic) todos os interessados na questão, e sopesados (sic) os pontos de vista divergentes. (2006, p. 140).

Parece necessário reconhecer, mesmo na esfera administrativa, a **legitimidade de participação de todos os interessados**, tais como associações de moradores, associações ambientais que atuem na região afetada, órgãos administrativos e legislativos com competência na área, instituições acadêmicas e/ou científicas que detenham conhecimentos técnicos sobre o assunto, entidades que representem os interesses do(s) empreendedor(es) – de forma similar à que ocorre com o instituto dos *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade. A fim de assegurar o princípio democrático, entendo que **a participação de entes não governamentais deve ser sempre permitida, não obrigatória**, de modo que cabe a eles decidir participar ou não. Não parece adequado, porém, deixar ao alvitre casuístico da autoridade pública a decisão de permitir ou não a participação de entes evidentemente legitimados, que eventualmente poderiam contribuir para a celebração de um acordo mais adequado à proteção de todos os interesses envolvidos. Como bem coloca Fink (2002, p. 115), “todos os atores devem participar do processo de compreensão do próprio conflito, de tal forma a participar integralmente dos mecanismos de sua solução”.

Vale lembrar o que dispõe a respeito o art. 31 da Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo federal:

29 Ver, por exemplo, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2002, p. 3): “[...] pode o terceiro setor contribuir sobremaneira com o acesso à justiça na jurisdição coletiva, fornecendo ao Ministério Público o instrumental técnico necessário a uma rápida e efetiva investigação em sede de inquérito civil, viabilizando a propositura de uma ação coletiva com grande chance de sucesso”.

Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si só, a condição de interessado no processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Importa referir, por fim, as pertinentes colocações de Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (2005, p. 130) no que diz respeito à publicidade e oportunidade de participação de terceiros interessados nos processos administrativos que tramitem perante agências reguladoras: “as decisões e discussões desenvolvidas nos processos administrativos postos à composição pelas agências não podem ser colocadas a par da participação de outros interessados que não aqueles que constituem parte no bojo do processo.” Fundamenta ele esse entendimento no direito à informação, constitucionalmente garantido, bem como no que dispõe o art. 3º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, acerca da cooperação dos usuários com o poder concedente na fiscalização de serviços públicos concedidos, bem assim no art. 9º da Lei nº 9.784, de 1999, que estabelece:

São legitimados como interessados no processo administrativo:

[...]

II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV – as pessoas ou associações legalmente constituídas, quanto a direitos ou interesses difusos.

Sobre a participação de entidades representativas, esse autor chama a atenção para dois aspectos essenciais: *i*) a necessidade de facultar a participação a todas,

em igualdade de condições;³⁰ *ii*) a possibilidade de afastar essa representação por entidades quando se verificar que elas atuam em sentido contrário ao do grupo representado.³¹

Por fim, defende ele (2005, p. 140) que, sempre que for o caso, seja dada ciência ao Ministério Público da tramitação de tais processos, dadas as atribuições institucionais deste no que se refere à defesa de interesses difusos.

Para Castro (2005, p. 136), se não for facultada essa participação, é possível inclusive a caracterização de nulidade do processo:

Em isso não ocorrendo, ou seja, não sendo facultada a possibilidade de o interessado intervir no processo regulatório de conflitos em defesa do interesse coletivo, estará eivado de vício o desenvolvimento processual por falta de observância de requisito indispensável ao pleno atingimento do interesse público.

Muito embora pareça questionável a existência de nulidade se não for requerida a participação pelos interessados, parece perfeitamente plausível a decretação de nulidade quando a participação for legitimamente requerida e indevidamente negada pela agência. De todo modo, quanto menor o grau de participação, menor a possibilidade de que se obtenham soluções consensuais que sejam ao mesmo tempo viáveis e respeitem os parâmetros legais, o que aumenta o risco de que venham a ser questionadas em juízo. Altamente recomendável, assim – sempre que o ente público verificar tratar-se de conflito repetitivo, isto é, no qual vários usuários se encontram em situação semelhante à do requerente, ou, ainda que não se trate de conflito passível de gerar reclamação individual de usuário, quando a solução que venha a ser adotada possa afetar toda a categoria de usuários dos serviços –, sejam convidadas a acompanhar o processo as associações legitimadas eventualmente existentes, bem como o Ministério Público.

30 Observa o autor: “[...] em havendo concorrência de uma ou mais associações na defesa de tais interesses, essas não poderão ser obstadas do exercício de seu direito de atuar na via processual administrativa, uma vez que, se assim o fosse, estaria a agência privilegiando uma associação em detrimento de outra e, por consequência, afastando o preceito constitucional que garante a livre associação.” (CASTRO, 2005, p. 138).

31 Anota ele: “Exceção se faz quando reste demonstrado anteriormente ou no curso do procedimento irregularidade de representação, ou seja, demonstrado que a associação não titulariza o direito que a legitime como interessada ou, ainda, que tal associação está atuando na contramão dos interesses de seus associados, vislumbra-se possível a exclusão da associação como legítima interessada no processo administrativo de resolução de conflitos no âmbito das agências reguladoras independentes.” (CASTRO, 2005, p. 139).

Com relação à esfera federal, é importante referir que, em 11 de junho de 2010, foi introduzida em nosso ordenamento uma nova norma sobre a matéria, válida para as situações em que for parte no termo de ajustamento de conduta ente de Direito Público federal (União, suas autarquias e fundações). Estipulou o art. 4º-A (acrescentado à Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, pela Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010) o **conteúdo mínimo do termo de ajustamento de conduta** em tais situações:

- I – a descrição das obrigações assumidas;
- II – o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações;
- III – a **forma de fiscalização da sua observância**;
- IV – os **fundamentos de fato e de direito**;
- V – a previsão de multa ou de sanção administrativa no caso de seu descumprimento. (grifei).

O parágrafo único do novo artigo dispõe, ainda, sobre a participação de diferentes órgãos que possam fornecer subsídios para a celebração do ajuste, bem como define a autoridade competente para firmá-lo:

A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração.

Essa norma representa um grande avanço no que diz respeito à definição de um conteúdo mínimo para o TAC. Além da previsão das obrigações assumidas, verifica-se, ainda: *i*) a necessidade de que seja devidamente **fundamentado o conteúdo das obrigações pactuadas**; *ii*) a necessidade de que esse conteúdo preveja **prazos para cumprimento da obrigação e penalidades em caso de inadimplemento** – que já era apontada pela doutrina, com base na previsão de “cominações” constante da Lei nº 7.347, de 1985; *iii*) a necessidade de prever a **forma de fiscalização de sua observância**.

Quanto ao primeiro aspecto, pouquíssimo mencionado de forma explícita na doutrina, parece indispensável para se poder verificar a adequação dos termos do acordo à proteção do interesse público em todas as suas dimensões. Devem

ser devidamente esclarecidos os fatos que foram (ou não puderam ser) apurados, as circunstâncias que foram sopesadas, bem assim deve ser demonstrada a eficiência (capacidade de produzir melhor resultado em menos tempo) e a economicidade (capacidade de produzir melhor resultado com menor custo) da solução adotada no acordo, de modo a que fiquem evidentes as razões pelas quais foram estipuladas determinadas obrigações e não outras.

Já quanto ao segundo aspecto, os ensinamentos de Vieira (2002, p. 283) são exemplares dentre os vários autores que examinaram o tema: “a fixação do prazo para adimplemento da obrigação há de constar do termo de compromisso (título executivo), assim como, evidentemente, a pena pecuniária diária a que estará sujeito o responsável em caso de descumprimento”.³²

Cabe observar que, dada a possibilidade de o cumprimento das obrigações estipuladas em termos de ajuste de conduta requerer prazos bastante longos, o mais adequado é que se estipulem **prazos fracionados por etapa**, a fim de que o monitoramento se faça por partes e se exija o cumprimento em juízo assim que descumpridas as obrigações em cada etapa, a menos que o inadimplente se justifique e negocie uma extensão de prazo no próprio órgão que tomou o compromisso de ajuste de conduta.

Da mesma forma, é possível realizar o fracionamento da cláusula penal, prevendo sanção específica para cada inadimplemento, como sugere Fink (2002, p. 126).

Por fim, quanto à previsão de forma de fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas, trata-se de mais uma inovação essencial para a efetividade do acordo, em consonância com a boa técnica na viabilização de acordos coletivos.

32 No mesmo compasso o entendimento de Milaré (2002, p. 204): “O compromisso deve, necessariamente, entre outros encargos, fixar o prazo e a pena pecuniária a que estará sujeito o responsável pelo descumprimento.” Fink (2002, p. 124-125) é ainda mais esclarecedor nesse aspecto: “Os prazos são importantes para determinar o vencimento da obrigação e a verificação de seu efetivo e integral cumprimento. Ou, ainda, ensejar a oportunidade de sua exigência forçada pela via executiva. Portanto, os prazos são indispensáveis para a exigibilidade da obrigação. [...] Nesse ponto é preciso alertar para a necessidade de serem fixados no termo de ajustamento dois prazos. Um para o cumprimento da obrigação espontaneamente pelo devedor – que, pela natureza da obrigação, poderá ser longo –, e outro para o caso de cumprimento no processo de execução – que deverá ser curto. Deverá ser curto, pois já se escoou o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação, sem que o devedor o fizesse”.

7 Conclusão

O objetivo principal deste trabalho foi apontar os exemplos já existentes na Administração Pública e as vantagens da utilização de meios consensuais de solução de conflitos no incremento de eficiência da atuação das áreas envolvidas na supervisão do sistema financeiro, naquilo que diz respeito às competências do Banco Central do Brasil. O crescimento no uso de tais métodos é uma tendência irrefreável no espaço público, pois se insere no paradigma de uma administração democrática e eficiente a que aspira a sociedade brasileira e a cujos reclamos cada vez mais gestores públicos vêm demonstrando sensibilidade.

A implementação de tais métodos requer, contudo, capacitação e detalhamento de critérios e procedimentos, a fim de se garantir isonomia e transparência ao processo de busca da solução consensual, sem que haja perda, porém, da flexibilidade que lhe é inerente. Sob o aspecto formal, buscou-se deixar clara a possibilidade de tratamento do tema por ato normativo de natureza regulamentar, assim como explorar alguns pontos essenciais a serem levados em consideração no que diz respeito à celebração de termos de ajuste de conduta, em especial quando o conflito envolver demandas de natureza repetitiva ou cujo impacto seja necessariamente coletivo.

Trata-se de um caminho que necessita ser trilhado, acerca do qual ambicionei registrar uma primeira contribuição, e de cujo percurso outros estudiosos do tema e profissionais que atuam na área podem e devem participar.

Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 192-193.
- BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras – Constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática**. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-87.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Processo administrativo e controle da atividade regulatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CUÊVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidade e limites. In: OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). **Direito sancionador: Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 281-309.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre o termo de ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 113-139.

GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. A experiência da ANEEL na celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta e na realização de reuniões públicas de Diretoria. **Anais do Encontro Preparatório para o XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Maringá: 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/07_1392.pdf>. Acesso em: 12 set. 2010.

JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Mediação – instrumento eficaz para a eficiência regulatória. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Belo Horizonte, ano 9, n. 102, ago. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=61976>>. Acesso em: 28 dez. 2009.

MASTRANGELO, Claudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta – análise à luz do anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-243.

MILARÉ, Édis. A ação civil pública por dano ao ambiente. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 200-205 e 236-238.

NUNES, Simone Lahorgue. **Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A importância da parceria entre o Ministério Público e o terceiro setor. *In: Jus Navigandi*. Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2791>>. Acesso em: 31 fev. 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROMAN, Flávio José. A função regulamentar da Administração Pública e a regulação do Sistema Financeiro Nacional. *In: JANTALIA, Fabiano (Coord.). A regulação jurídica do Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 57-98.

RUIZ, Ivan Aparecido. **Estudos sobre mediação no direito brasileiro: natureza jurídica e outros aspectos fundamentais**. (Tese de Doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Ajustes de conduta no âmbito da Administração Pública. (Texto base para discussão na Oficina temática nº 12. II Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido pela Advocacia-Geral da União) Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia07oficina12texto0.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

TURCZYN, Sidnei. **O Sistema Financeiro Nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. *In: MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 262-290.

Russian Banking Legislation: past, present and future development

Alexei Guznov*

Tatiana Rozhdestvenskaya**

- 1 The history of banking legislation in Russia. 2 The current banking system. 3 Sources of banking legislation. 4 The Law on the Bank of Russia. 5 The Law on Banks. 6 The Law on Deposit Insurance. 7 The Law on Insolvency (Bankruptcy) of Credit Organizations. 8 The Law on Counteracting Laundering of Illegal Proceeds and Financing Terrorism. 9 Anti-crisis legislation of 2008-2009. 10 Protection of Bank Consumers' Rights. 11 Challenges and prospects for banking regulation.*

Abstract

This paper examines the history, current status and likely future development of Russian banking legislation. It outlines the key laws regulating banking activities in Russia and sets out the opinion of the Bank of Russia and the government on the main tasks that need to be accomplished in the area of banking legislation.

Keywords: Russian banking legislation. The Bank of Russia. Credit organisations. Deposit insurance system. Counteracting laundering of illegal incomes. Anti-crisis legislation.

* Alexei Guznov, Ph.D. in Law, Deputy Director of the Legal Department of the Bank of Russia.

** Tatiana Rozhdestvenskaya, Ph.D. in Law, Associate Professor of Moscow State Law Academy.

Resumo

Este trabalho examina a história, situação atual e provável desenvolvimento futuro da legislação bancária russa. Descreve as principais leis que regulamentam as atividades bancárias na Rússia e apresenta a opinião do Banco da Rússia e do governo sobre as principais tarefas que precisam ser realizadas na área da legislação bancária.

Palavras-chave: Legislação bancária russa. Banco da Rússia. Organizações de crédito. Sistema de seguro de depósito. Lavagem de rendimentos ilegais. Legislação anticrise.

1 The history of banking legislation in Russia

Russia's modern banking system, like the banking systems of most of the transition countries, is relatively young. It came into force in December 1990, when the Supreme Soviet of the Russian Soviet Federal Socialist Republic (RSFSR), the Russian parliament, adopted the laws on the Central Bank of the RSFSR (Bank of Russia) and on banks and banking in the RSFSR. Over the past 20 years, both the banking system and banking legislation have evolved through several stages.

The first stage was the period of rapid growth under the conditions of quasi-liberal regulation. This resulted in the adoption of the new versions of the laws on the Bank of Russia in 1995 and on banks and banking in 1996. A number of other laws also vital for the functioning of the banking system were adopted during this period, including the Civil Code (Part One) in 1995 and the Law on the Securities Market in 1996. In 1992, the Law on Currency Regulation and Currency Control, which was based on a rigid currency regulation model, was also adopted.

The next stage was the period of transition to new methods of banking regulation, based on the principles of the Basel Committee on Banking Supervision. At about this time, the inconsistency of banking legislation reforms contributed to the 1998 banking crisis, which led to drastic measures aimed

at tightening banking regulation. As a consequence, the Law on Insolvency (Bankruptcy) of Credit Organisations (1999, with subsequent amendments) was passed and a number of amendments to the laws on the Bank of Russia and on banks and banking were made.

By 2001, when the Russian banking system had stabilised, new banking legislation was primarily focused on increasing the efficiency of the banking business and on strengthening depositors' trust in the banking system.

The following important laws were passed during this period: the Law on Currency Regulation and Currency Control, which was aimed at completely liberalising currency regulation by 2007; the Law on Insurance of Household Deposits with Russian Banks; the Laws on Hypothec and the Issue of Hypothec Securities; the Law on Credit Histories; and the Law on Countering the Legalisation (Laundering) of Criminally Obtained Incomes and the Financing of Terrorism. In addition, bank bankruptcy legislation was subjected to a large-scale revision.

The next surge of amendments in the banking regulation system was connected with the global financial crisis of 2008, which required new and sometimes non-standard solutions. Some of these amendments are supposed to be valid for the future, as they comply with requirements of international financial institutions, first of all the G-20.

2 The current banking system

In accordance with Article 2 of the Law on Banks and banking, the banking system of Russia consists of the Bank of Russia, credit organisations and the branches and representative offices of foreign banks. As of 1 October 2010, there were 1030 operating credit organisations in Russia.¹ The current banking supervision policy results in the absence of foreign banks' branches from the Russian banking system. However, the number of banks with foreign participation is significant – amounting to 182, and 80 of them with 100 per cent

1 http://www.cbr.ru/analytics/bank_system/obs_101001.pdf. Credit organizations are considered “operating” if they have banking licences. The total number of registered credit organizations (including those without licences) is 1152.

foreign capital, as of 1 October 2010.² As of 1 October 2010, the aggregate assets of Russia's banking industry total 29430 billion roubles (1000 billion USD) and make up 75,3% of gross domestic product; the own funds of credit organizations total 4260,6 billion roubles (154,02 billion USD), what makes up 11,8% of gross domestic product and 15,7% of banking industry assets.³

The Bank of Russia is the institution in charge of implementing both monetary and credit policy and banking supervision. The Bank of Russia supervises activities carried out by credit organisations, which include banks and non-banking credit organisations (NCO).

Other members of the financial market are supervised by different institutions. The capital market is supervised by the Federal Financial Market Service (FFMS); the private pension funds market, by FFMS and partly by the Ministry of social development; the insurance market, by the Federal Insurance Supervision Service (included in the Ministry of finance); the small business market, by the Ministry of finance. Periodically, creation of a united regulatory authority is discussed, but the events of 2008-2009 showed the efficiency of the existing supervision and control system, at least in the banking industry.

3 Sources of banking legislation

There are several levels of regulation of banking activities. The main principles are set out in the Constitution, which was adopted in 1993. These include, in particular, the principle of referring banking regulation to the jurisdiction of Russia, the principle of the Bank of Russia's independence and the basic framework for the formation of its management bodies, as well as some other principles.

The legal opinions of the Constitutional Court are particularly important for applying the Constitution. Legal principles that the Constitutional Court has formulated in some of its acts are significant for both the development of banking legislation and its enforcement. In particular, the Constitutional Court has considered it necessary to strengthen the protection provided to an individual

² http://www.cbr.ru/analytics/bank_system/print.asp?file=PUB_101001.htm.

³ http://www.cbr.ru/analytics/bank_system/obs_101001.pdf.

citizen-depositor as the weaker party to a bank deposit contract. The Court has also extended the principle of the Bank of Russia's independence to the area of banking supervision, and determined the limits to the possible interference in banks' activities on the part of supervision authorities.

Federal laws, including the main ones mentioned above, are of critical importance for regulating banking activities.

In accordance with Article 2 of the Law on Banks, banking activity in Russia is also regulated by the Bank of Russia's normative acts. Pursuant to Article 7 of the Law on the Bank of Russia, the Bank, concerning questions in its competence (monetary and credit policy, banking supervision, accounts, currency control etc), may issue normative acts which are obligatory for the federal bodies of state power, the bodies of state power governing Russian subjects and local government bodies, as well as for all juridical and natural persons. The main principles of the Basel Committee on Banking Supervision have been implemented precisely by the Bank of Russia's normative acts.

4 The Law on the Bank of Russia

The current Law on the Bank of Russia was adopted in 2002. It amounts to the third significant revision of norms regulating activities carried out by the Central Bank of Russia. The law determines the Bank of Russia's status, aims, functions and authorities.

In accordance with Article 75 of the Russian Constitution, the Law on the Bank of Russia determines that the Bank exercise its functions independently from other public bodies. The Bank of Russia's independence is apparent in the following areas: financing (the Bank uses its own resources to finance its activities and is not funded from the budget); jurisdiction (issues referred to under the jurisdiction of the Bank are issues of its exclusive jurisdiction by law); management (the principal management bodies include the Chairman of the Bank and the Board of Directors of the Bank of Russia, who are appointed by the State Duma); the special status of the Bank's officers (Bank employees are not categorised as public servants and have a special pension provision system stipulated by law).

The Bank of Russia's jurisdiction covers the issues of monetary and credit policy, banking regulation and supervision, and the functioning of Russia's payment system. In accordance with Article 4 of the Law on the Bank of Russia, the main functions of the Bank are:

- a) to elaborate and carry out a single state monetary and credit policy, in conjunction with the government;
- b) to have the monopoly on issuing money in cash and organising its circulation;
- c) to supervise the activity of the credit organisations and banking groups, as well as to make decisions on the state registration of credit organisations, and the granting and revoking of credit organisations' banking licences;
- d) to exercise currency regulation and currency control.

The Bank of Russia is entitled to conduct transactions related to monetary and credit policy independently, to issue normative acts, and to license the activities of credit organisations and to ensure their compliance.

Such specific areas of authority result from the Bank's individual organisational and legal status, as determined by the Law on the Bank of Russia. The Bank of Russia does not fall under any organisational and legal form known to the Russian civil law. Furthermore, the property of the Bank, as federal property, is inviolable: in accordance with Article 2 of the Law on the Bank of Russia, the Bank exercises the powers to possess, use and dispose of the property of the Bank, including the Bank's gold and currency reserves. Any seizure of the indicated property without the Bank's consent is not permissible unless otherwise stipulated by federal legislation.

The Bank of Russia is governed by a number of bodies. In 2002, in accordance with the Law on the Bank of Russia, the management bodies were supplemented with the National Banking Board (NBB). NBB members are appointed by the State Duma, the Federation Council, the Russian President and the government. The Chairman of the Bank of Russia is an NBB member by virtue of his position.

The NBB makes decisions on a wide range of the Bank's activities, such as approving the total amount of expenses for the maintenance of Bank of Russia employees, the total volume of its capital investments and its total administrative and maintenance costs. The NBB also examines the implementation of the main areas of state monetary and credit policy, banking regulation and banking

supervision, and the execution of the currency regulation and currency control policies (Article 13).

The Bank of Russia's Chairman and Board of Directors are the supreme governance bodies of the Bank. In accordance with Article 83 of the Constitution and Article 14 of the Law on the Bank of Russia, the Bank's Chairman is nominated by the Russian President and appointed by the State Duma. In accordance with Article 20 of the Law on the Bank of Russia, the Bank's Chairman shall:

- a) take full responsibility for the activities of the Bank of Russia;
- b) ensure that the Bank fulfils its functions in compliance with that federal law, and take decisions on all issues assigned by the federal laws to the competence of the Bank, except those on which decisions are taken under that federal law by the NBB or the Board of Directors;
- c) chair the meetings of the Board of Directors;
- d) sign Bank of Russia normative acts, etc.

The Bank's Board of Directors consists of the Chairman and 12 full-time Board members. The Board of Directors has significant power in areas such as the Bank's in-house activities, the development and implementation of monetary and credit policy and banking supervision.

Article 56 of the Law on the Bank of Russia also defines the Banking Supervision Committee as a permanent body to implement the Bank of Russia's regulatory and supervisory functions.

The Bank of Russia's first key task is to implement a monetary and credit policy aimed at ensuring the stability of the rouble. The Bank develops this policy in accordance with the guidelines for the single state monetary and credit policy. These guidelines are developed on an annual basis and represent current-year monetary policy targets. In accordance with Article 45 of the Law on the Bank of Russia, guidelines for the single state monetary policy for the coming year cover: the underlying principles of the monetary and credit policy pursued by the Bank; a brief description of the state of the Russian economy; and a forecast for the expected fulfilment of the main parameters of the monetary and credit policy in the current year. The guidelines are drafted by the Bank's Board of Directors in collaboration with the government (Article 18). They are then considered by the NBB (Article 13) and by the State Duma, which makes a corresponding decision before it passes the Federal Budget Law for the coming year

(Articles 5 and 45). Current questions concerning monetary and credit policy are discussed at meetings of the Monetary Policy Committee.

In accordance with Article 35 of the Law on the Bank of Russia, the principal tools and methods of the Bank's monetary and credit policy are as follows:

- a) interest rates on Bank of Russia operations;
- b) ratios of mandatory reserves deposited with the Bank (reserve requirements);
- c) open market operations;
- d) the refinancing of credit institutions;
- e) currency interventions;
- f) setting targets for money supply growth;
- g) direct quantitative restrictions;
- h) issuing bonds on its own behalf.

The second principal task of the Bank of Russia is to develop and strengthen Russia's banking system. In accordance with Article 56 of the Law on the Bank of Russia, the Bank is the body in charge of banking regulation and banking supervision. The Bank supervises the actions of credit institutions and banking groups to ensure that they comply with banking legislation, Bank of Russia normative acts and the compulsory standards set by the Bank. The principal objectives of banking regulation and banking supervision are to maintain the stability of the Russian banking system and to protect the interests of depositors and creditors.

In the area of supervision, the Bank of Russia:

- a) sets mandatory rules in compliance with current legislation for credit organisations, including rules for licensing credit organisations' activities, requirements regarding financial stability, management quality requirements, rules to conduct banking operations, and reporting requirements for preparation and submission of financial statements, as well as third party notification;
- b) carries out off-site and on-site supervision of credit organisations' activities, and consolidated supervision of banking groups and bank holding companies;
- c) makes decisions on granting and revoking banking licences, and applies corrective measures;

- d) participates in some liquidation proceedings, including bankruptcy proceedings.

5 The Law on Banks

The Law on banks defines the following:

- a) the notion of a credit organisation;
- b) the types of credit organisations (banks and non-bank organisations);
- c) the types of banking operations;
- d) requirements for the management structure of a credit organisation;
- e) requirements for licensing credit organisations' activities;
- f) requirements for purchasing major shares in the capital of credit organisations;
- g) requirements arising from the necessity to exercise supervision over credit organisations' activities;
- h) provisions on the protection of information;
- i) requirements to disclose information about credit organisations' activities to the supervisory authority and third persons.

A credit organisation is defined as a legal entity entitled to carry out banking operations to make profit on the basis of a special licence from the Bank of Russia (Article 1 of the Law on Banks). The law determines the possible organisational and legal forms of credit organisations as follows: a joint stock company, or a limited or double liability company. As mentioned above, credit organisations are subdivided into banks and non-bank credit organisations.

The Law on Banks determines the list of banking operations as follows:

- a) attracting the monetary resources of natural persons and legal entities in the form of deposits (demand or fixed-term deposits);
- b) investing those resources in its own name and for its own account;
- c) opening and maintaining banking accounts for natural persons and legal entities;
- d) clearing payments ordered by natural persons and legal entities, including those of correspondent banks, within their bank accounts;
- e) collecting cash, bills, payment and settlement documents and providing cash services to natural persons and legal entities;

- f) buying and selling foreign currencies in cash and non-cash forms;
- g) attracting precious metals in the form of deposits and investing them;
- h) providing bank guarantees;
- i) remitting monies on the instruction of natural persons without the opening of a bank account (excluding postal remittance).

In accordance with paragraph 5 of Article 4 of the Law on the Bank of Russia, the Bank of Russia sets the rules to conduct banking operations.

A credit organisation is obliged to have a management structure that corresponds to the nature of its activities. The management structure of a credit organisation must include a general assembly, a board of directors, and a collective and a single executive management body. The law determines the mandatory professional competence and conduct standards required from a credit organisation's management. The appointment of senior managers is subject to the Bank of Russia's approval. A credit organisation must have an internal control system that conforms to both the Bank of Russia's requirements and the credit organisation's scope of activities.

Major acquisitions of a credit organisation's capital (20 per cent and over) are subject to the Bank of Russia's approval. Minor acquisitions (5 per cent and over) are subject to notification. The Bank conducts approval procedures to verify the acquirers' financial stability and business reputation. A draft law currently under consideration would reduce the threshold subject to Bank approval from 20 per cent to 10 per cent. It would also impose financial stability and conduct requirements on the "actual owners" of credit organisations, in addition to other requirements that would ensure the complete disclosure of information about the ownership structure of credit organisations.

In principle, the Law on Banks gives equal rights to resident and non-resident acquirers of shares in Russian credit organisations. Some additional requirements for non-residents are mainly caused by necessity of coordinated actions of Russian and foreign banking supervision bodies. A number of questions concerning non-resident acquirers are presently being debated in view of Russia's preparation to enter the WTO and the OECD.

The Law on Banks contains an exhaustive list of grounds for revoking a credit organisation's banking licence. Some of the grounds for licence revocation depend on the decision of the Bank of Russia's authorities, while other conditions

are obligatory. The situations where the decision is up to the Bank of Russia are as follows:

- a) ascertaining the facts where the reported data is obviously invalid;
- b) failure to observe the federal laws regulating banking activities;
- c) failure to observe the Bank of Russia's normative acts if the measures envisaged in the Law on the Bank of Russia were applied to the credit organisation more than once within one year;
- d) multiple violations within one year of the requirements determined in Articles 6 and 7 (with the exception of paragraph 3 in Article 7) of the Law on Counteracting Laundering of illegal Proceeds and Financing Terrorism, and some others.

The obligatory grounds for licence revocation are as follows:

- a) if the capital adequacy falls below 2 per cent and the amount of own funds of a credit organisation is less than the minimum amount of the charter capital;
- b) if a credit organisation within the time determined by law does not comply with the Bank of Russia's order to bring the amount of the charter capital and the amount of own funds (capital) up to the required amount;
- c) if a credit organisation is insolvent.

To safeguard the interests of creditors, the Law on Banks sets out the legal and organisational consequences of licence revocation. In particular, the Bank of Russia is obliged to appoint a temporary administration to manage the credit organisation. Creditors' claims after a licence revocation must be settled in liquidation proceedings, including bankruptcy proceedings.

6 The Law on Deposit Insurance

The Law on Deposit Insurance took effect in late December 2003. By clarifying the legal position, it ended ten years of debates about the acceptability and feasibility of the deposit insurance system in Russia.

Under the law, deposits of up to 700,000 roubles (US\$ 22,500) made with Russian banks are insured. If a bank's licence is revoked, compensation will be paid from the compulsory deposit insurance fund managed by the Deposit

Insurance Agency (DIA). The fund consists of contributions from the state, as well as insurance premiums payable by banks involved in the deposit insurance system. Insurance premiums payable by banks are determined as the average chronological value within the accounting period (quarterly) of daily balances on accounts for recording deposits. The current rate of insurance premiums accounts for 0.1 per cent of the accounting base.⁴

The compulsory deposit fund is independent from budgetary funds as well as from funds of other persons, and the fund's resources cannot be collected to satisfy state or DIA liabilities. If the fund lacks the resources for making payments, the deficit can be made up from federal budgetary funds or the introduction of a higher insurance premium rate.

The deposit insurance system is managed by the DIA, which is organised as a state corporation. The main goal of the DIA is to ensure a high level of public trust in the banking system, and its main function is to make prompt payments of compensation for insured deposits. The DIA is independent from the state, the Bank of Russia and banks, and DIA employees are not public servants. The DIA is not a supervisory body, but it does have some "quasi-supervisory" authority within the framework of the deposit insurance system (for example, it participates in the Bank of Russia's inspections of banks' activities).

Under the law, banks that want to participate in the deposit insurance system are subject to special supervision arrangements and have to satisfy high requirements of financial stability and disclosure of property structure. Therefore, not all banks are participants in the deposit insurance system: at the moment they amount to 910.

7 The Law on Insolvency (Bankruptcy) of Credit Organisations

The Law on Bank Bankruptcy took effect in May 1999 and has been amended significantly over the last six years. The changes were partly related to changes in general bankruptcy legislation, and partly related to changes in bank bankruptcy ideology. The most significant amendments came into force in November 2004.

⁴ http://www.asv.org.ru/show/?id=112433&sphrase_id=21920

Under the Law on Bank Bankruptcy, a “problem” bank can be subjected to two sets of measures. First, measures to avert bankruptcy. These are supplementary to the supervision system and are conducted by banks’ shareholders on a voluntary basis or on the Bank of Russia’s request.

Second, the Law on Bank Bankruptcy sets out arrangements in the case of a credit organisation’s bankruptcy. These arrangements can be carried out only after the revocation of the credit organisation’s banking licence. The decision on formalising a credit organisation’s bankruptcy and the appointment of a temporary administration is made by the courts. Under bank bankruptcy legislation, the DIA is obliged to implement bankruptcy proceedings in those banks that attract individuals’ deposits (the overwhelming majority of banks). This is to enlarge the bank’s property share directed to creditors and to avoid decisions being made in favour of certain creditors to the detriment of others. Banks’ creditors participate in the bankruptcy proceedings through the general meeting and creditor committee mechanisms.

8 The Law on Counteracting Laundering of Illegal Proceeds and Financing Terrorism

The Law on Counteracting Laundering of illegal Proceeds and Financing Terrorism was developed with taking into account recommendations of FATF and took effect in 2002. Under the above-mentioned Law, credit organisations should control monetary operations carried out by their clients and give information about these operations to a special government body, the Financial Monitoring Service, which exposes operations that are criminal or finance terrorism. According to the Law, credit organisations should set up a special internal supervision service to supervise their clients.

9 Anti-crisis legislation of 2008-2009

The global crisis of 2008 made Russia, like many other countries, change its legislation to ensure the stability of the financial market. On the one hand these

changes were aimed at the security of consumer investments; on the other, at the protection of credit organisations' financial stability.

Firstly, the level of deposit insurance has been raised up to 700,000 roubles (22,500 USD).

Secondly, the Bank of Russia has got the right to issue uncovered credits to credit organisations. Most banks used this possibility as a means for increasing their liquidity.

For the purpose of promoting transactions in the interbank credit market, the Bank of Russia was given the right to conclude agreements with credit organisations and partly compensate them for losses which have arisen in transactions with other credit organisations, whose licences had been revoked, if the transaction had taken place from the time the Law took effect up to 31 December 2009.

To provide liquidity for the Russian banking system, the Law determines the possibility of using funds of the Bank of Russia (in the form of subordinated credit issued to the largest Russian bank, Sberbank of Russia) and the National Welfare Fund (in the form of deposits placed with Vnesheconombank with further issuing credits to other banks).

Financial instability, which arose in September – October 2008, required adequate decision-making with a view to solving problems at some big banks, whose bankruptcy would be a serious threat for the banking sector, the interest of creditors and social stability.

Thereupon the Law on Additional Measures for Consolidation of Banking System Stability during the period of time up to 31 December 2011 took effect on 27 October 2008. It contained a set of measures to prevent the bankruptcy of banks. First-priority tasks by application of the Law are:

- a) keeping the assets of a “problem” bank in circulation;
- b) protecting the interest of creditors;
- c) safeguarding banks' stability by approving new investors' control without revoking banking licence.

The regulations adopted under the law are effective until 31 December 2011 inclusive.

In accordance with the Law, the Deposit Insurance Agency (DIA) is entrusted with new functions of preventing bankruptcy of banks and organizational issues. The Bank of Russia contributes and supervises the DIA.

Under the Law, the bankruptcy-preventing measures are financed by

- a) new investors;
- b) the deposit insurance fund (the federal budget granted DIA some additional funds as a share in the property of the DIA);
- c) Bank of Russia's credits, which are issued to the DIA for a period up to 5 years.

Under the Law, special bankruptcy-preventing measures (with use of state funds) are applied by the Bank of Russia in every specific case. The Bank of Russia and the DIA assign supervisors to the bank for appraisal of the real situation. A proper decision could be taken by results of the supervisors' work.

The following proceedings are provided:

- a) recapitalization of the bank by new investors' means;
- b) in case of investor's temporary absence (for example due to a critical market situation) as an alternative – recapitalization of the bank by state means and putting it up for sale;
- c) simultaneous transferring bank liabilities and its assets of equivalent market value to another, financially stable bank (after that the “problem” bank could be liquidated);
- d) redemption of bank assets (including frozen, long term, nonearning assets).

The above-mentioned proceedings in different combinations may be applied for two scenarios.

The first scenario makes provision for concluding a sales agreement between a new investor and the former owner of the bank. In this case the DIA could render a financial assistance to the new investor and (or) the bank, for example it could be a credit and redemption of bank's nonearning assets.

The second scenario provides activities if a new investor is absent. In this case the Bank of Russia appoints a temporary administration of the “problem” bank. The bank's capital is compulsory adjusted in accordance with its equity (if it's a negative number, the capital is charged off up to 1 rouble), the bank management authorities are suspended and delegated to the temporary administration. The temporary administration's authorities are delegated to the DIA.

After reducing of the capital the temporary administration could make a decision to increase it. The additional share issuing could be immediately redeemed by the investor, or over the time of investor's absence the DIA is entitled to become

a temporary shareholder. In the latter case, if the offer is made, the DIA is obliged to sell it by auction, and the price could not be lower than the maximum of two values: net assets price or bankruptcy preventing expenses born by the DIA.

According with the Law, the simultaneous transfer of the “problem” bank liabilities and assets of equivalent market value to another bank is possible. This measure enables to keep the assets of a “problem” bank in circulation and to ensure the shareholders fast access to their funds and payment system. Liabilities to creditors are transferred in accordance with order, and the insured part of liabilities could be also transferred. In the latter case, if the size of insured liabilities exceeds the alienable assets value, the buying bank and creditors of the “problem” bank get compensation payments at the expense of the deposit insurance fund. Similar mechanism is widely used in the world practice.

Rehabilitation measures have been conducted by the DIA in 17 banks. Nowadays it is discussed that the Law or some law regulations could remain in effect permanently.

10 Protection of Bank Consumers’ Rights

The stability of banking system functioning depends much on consumers’ confidence. Unfortunately there were many incidents in Russia, when banks used citizens’ finance illiteracy and offered them sufficiently ruinous products. Banks put up a facade of different fees, fines and other payments to hide overtaxing. On the assumption of the concept, that citizens are “the weak side” in relations with banks, a number of laws on consumer consolidation have been passed.

In 2008 a number of amendments to the Law on banks (Article 30) were made. They require that banks should give citizens information about all necessary payments in case of concluding a loan contract. The indicated payments should be summarized and included in total cost credit according to the formula fixed in Bank of Russia’s act.

In 2010 new amendments to the Law on banks (Article 29) were made. They prohibit including in loan contract regulations, which entitle credit organisations unilaterally change loan interest rate and its determination, commission and term of contract.

11 Challenges and prospects for banking regulation

The main goals of Russian banking legislation development are connected with implementation documents of the G-20, the Financial Stability Forum (FSF) and the Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), which are aimed at stability and transparency of banks. The goal of primary importance is implementing consolidated control system and international standards of financial statements, and it is partly achieved by adopting the Law On Consolidated Financial Statements in 2010.

The Law On Consolidated Financial Statements determines general requirements on preparation, rendering and publication of financial statements according to legislation of the Russian Federation. Consolidated financial statements is determined by the law as systematic information reflecting the financial position, financial results and changes in financial position of the organization (organizations) and (or) foreign organizations – a group of organizations, determined according to the International Financial Reporting Standards (IFRS). The law applies to credit and insurance organizations, as well as other organizations, whose securities are admitted to trading on stock exchanges and (or) other trade in the securities market.

Currently a draft revision of the Law “On Accounting” is submitted to the State Duma. It lays down the mechanism of formation and development of Russian accounting standards based on international standards, including IFRS. It should allow implementing IFRS standards by means of national standards in all economic players’ activities, not just listed in the Law “On the Consolidated Financial Statements”.

Another group of ideas that influences the development of the banking legislation is focused on the concept of “Moscow as an international financial centre”. According to the concept of creating an international financial centre in Russia the following laws must be adopted urgently: the laws on stock exchanges and organized trades, on clearing activities, on securitization, on counteracting misuse of insider information and market manipulation. It is also necessary to improve and supplement the Russian legislation by amending the existing laws regarding regulation of derivatives, regulation of mortgage relations, creating a centralized accounting system of securities, and by the modernization of corporate law.

Breves Anotações sobre a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior

Kátia Cilene de Carvalho*

1 Introdução. 2 Base legal e regulamentar. 3 Objetivos. 4 Sujeito ativo da obrigação: pessoas físicas e jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no país. 5 Descumprimento da obrigação e ação punitiva. 6 Prescrição. 7 Conclusão.

Resumo

Analisa os principais aspectos jurídicos que envolvem a declaração de capitais brasileiros no exterior. Começa pela apresentação da base legal e regulamentar que disciplina a matéria, discutindo a substancial alteração dos objetivos perseguidos pela declaração ao longo do tempo, além do conceito legal de domicílio e da prescrição da ação punitiva do Banco Central do Brasil nos casos de descumprimento da obrigação. Visa a fornecer ao mundo jurídico um panorama geral acerca do tema, haja vista a carência de doutrina a seu respeito.

Palavras-chave: Declaração de capitais brasileiros no exterior. Aspectos jurídicos.

Abstract

It analyzes the main legal issues related to the declaration of the brazilian capital abroad. It begins by presenting the legal and regulatory discipline aspects discussing

* Procuradora do Banco Central. Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

the substantial change in the objectives pursued by the declaration over a period of time, besides the legal concept of domicile and limitation of punitive action by the Central Bank of Brazil in cases of no compliance of the obligation. It aims at providing an overview to the legal world about the issue, due to the lack of doctrine about it.

Keywords: *Declaration of the brazilian capital abroad. Legal aspects.*

1 Introdução

É de todo inegável que o processo de globalização vem encolhendo e achatando o mundo de tal forma que converte a todos, por assim dizer, em vizinhos de porta.¹ Essa nova realidade mundial caracteriza-se principalmente pelo trânsito incessante, entre os mais diversos países, de pessoas, informações, bens, serviços, valores etc. Nesse contexto é que, nas últimas décadas, notadamente de 2000 para cá, houve forte incremento no fluxo internacional de capitais, originando, no âmbito interno, a necessidade de acompanhamento do capital estrangeiro no Brasil e do capital brasileiro no exterior, tudo com vistas à obtenção de elementos de cunho estatístico a auxiliar as autoridades econômicas nacionais na compreensão do contexto macroeconômico e na formulação da política econômica.

No que se refere ao capital brasileiro no exterior, que constitui diretamente o objeto de estudo do presente artigo, o Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, determina às pessoas físicas e jurídicas possuidoras de bens e valores fora do território nacional que apresentem ao Banco Central do Brasil declaração contendo a relação dos seus ativos. Note-se que as condições sob as quais pode ocorrer a remessa para o exterior desses capitais são estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil, que atuam amparados em competências atribuídas pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

A declaração de capitais brasileiros no exterior (DCBE) consiste na apresentação à autoridade monetária de informações sobre bens e valores de

1 A propósito, vale a leitura do livro *O Mundo é Plano: uma breve história do século XXI*. Thomas L. Friedman, tradução de Cristina Serra e S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

qualquer natureza, ativos em moeda e direitos mantidos no exterior por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no Brasil, assim conceituados na legislação tributária. Deverão, pois, ser informados: depósitos, investimentos financeiros e em ações, investimentos em portfólio, aplicações em instrumentos financeiros derivativos, empréstimos em moeda, imóveis etc.²

O descumprimento da obrigação de declarar constitui infração administrativa punível com penalidade de multa, que, a fim de que se estabeleça o contraditório e a ampla defesa, deverá ser precedida de processo administrativo de caráter punitivo.

O assunto, embora muito debatido no âmbito de processos administrativos punitivos instaurados pelo Banco Central do Brasil, ainda não mereceu a devida atenção da doutrina especializada. Nesse sentido, o presente texto apresenta-se como uma primeira tentativa de sistematização da matéria. A ideia é traçar um panorama geral acerca do tema, abordando, para tanto, os principais aspectos jurídicos que o envolvem.

2 Base legal e regulamentar

A obrigatoriedade de declarar ao Banco Central do Brasil as informações relativas a bens e valores detidos no exterior foi instituída pelo Decreto-Lei nº 1.060, de 1969, que, em seu art. 1º, impõe a observância de suas regras tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas. De acordo com o mesmo dispositivo, compete ao CMN fixar a forma, os limites e as condições da declaração, a qual, ademais, deve ser atualizada sempre que houver aumento ou diminuição dos ativos, com a devida justificativa do acréscimo ou redução. *In verbis*:

Art. 1º Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação do imposto de renda, as pessoas físicas ou jurídicas ficam obrigadas, na forma, limites e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a declarar ao Banco Central do Brasil, os bens e valores que possuem no exterior, podendo ser exigida a justificação dos recursos empregados na sua aquisição.

2 Nos termos do art. 2º da Resolução CMN nº 3.854, de 2010, apenas devem ser declarados os bens e valores no exterior que totalizarem, na data base de 31 de dezembro de cada ano, quantia igual ou superior a US\$ 100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América), ou seu equivalente em outras moedas.

Parágrafo único. A declaração deverá ser atualizada sempre que houver aumento ou diminuição dos bens, dinheiros ou valores, com a justificação do acréscimo ou redução.

Apesar da previsão contida no Decreto-lei nº 1.060, de 1969, à obrigatoriedade de declarar não correspondia qualquer medida coercitiva, a qual somente passou a existir no ano de 2001, quando foi editada a Medida Provisória nº 2.224,³ de 4 de setembro de 2001, que previu expressamente a possibilidade de imposição de sanção para as hipóteses de descumprimento das normas referentes à declaração. Desde então, o não fornecimento das informações, assim como a prestação de informações falsas, incompletas ou incorretas, bem como fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação, passaram a ser puníveis com penalidade de multa. Nesse sentido, confira-se o disposto no art. 1º da mencionada medida provisória:

Art. 1º O não fornecimento de informações regulamentares exigidas pelo Banco Central do Brasil relativas a capitais brasileiros no exterior, bem como a prestação de informações falsas, incompletas, incorretas ou fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação em vigor constituem infrações sujeitas à multa de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Parágrafo único. São considerados capitais brasileiros no exterior os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e direitos detidos fora do território nacional por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária.

Em seguida à publicação da Medida Provisória nº 2.224, de 2001, o CMN editou a Resolução nº 2.911, de 29 de novembro de 2001, regulamentando a matéria. Essa resolução, ao tempo em que definia os critérios para a aplicação da penalidade de multa, nos casos de descumprimento da obrigação, transferia ao Banco Central do Brasil a tarefa de fixar a forma, os limites e as condições da declaração.⁴

3 Interessante observar que a medida provisória em referência ainda não foi convertida em lei, encontrando-se em tramitação, conforme se verifica no sítio eletrônico <www.planalto.gov.br>. Ela se mantém em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001: "As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional".

4 O art. 1º da Resolução CMN nº 2.911, de 2001, dispunha: "Fica o Banco Central do Brasil autorizado a fixar a forma, os limites e as condições de declaração, inclusive suas atualizações, de bens e valores detidos fora do território nacional por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária".

A Resolução nº 2.911, de 2001, foi posteriormente revogada pela Resolução nº 3.540, de 28 de fevereiro de 2008, que, adotando sistemática diferente, definiu, ela própria, a forma, os limites e as condições da DCBE. Essa mesma sistemática foi seguida pela Resolução nº 3.854, de 27 de maio de 2010, que veio a revogar a Resolução nº 3.540, de 2008, sendo que, atualmente, é a que se encontra em vigor. Confira-se:

Art. 1º As pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no país, assim conceituadas na legislação tributária, devem prestar ao Banco Central do Brasil, na forma, limites e condições estabelecidos nesta Resolução, declaração de bens e valores que possuem fora do território nacional.

Parágrafo único. A divulgação dos dados relativos às declarações prestadas na forma do *caput* deste artigo dar-se-á de maneira a não identificar situações individuais.

Nos termos da Resolução nº 3.854, de 2010, compete ao Banco Central do Brasil estabelecer os períodos de entrega da declaração (art. 2º, § 2º), aplicar a penalidade de multa nos casos de descumprimento das normas a ela referentes (art. 8.º), bem como baixar as normas necessárias à plena execução da resolução (art. 11).

Nesse passo, importa observar que o Banco Central do Brasil é entidade executiva que apenas operacionaliza as normas constantes das resoluções do CMN, fazendo-o por meio de regulamentos administrativos, na forma outorgada pela Lei nº 4.595, de 1964, que lhe atribui competência para cumprir “as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional”, bem como para aplicar as penalidades previstas, nos termos dos art. 9º e 10, IX, respectivamente.

Dessa forma, a fim de regulamentar o tema enfocado, o Banco Central do Brasil editou inicialmente a Circular nº 3.071, de 7 de dezembro de 2001. Como a DCBE deve ser prestada anualmente, a cada ano a autoridade monetária edita nova circular contendo as regras que vão orientar a prestação das informações relativas à data-base correspondente. Assim, ao menos uma circular é baixada a cada ano. Por exemplo: a Circular nº 3.442, de 3 de março de 2009, foi editada para disciplinar a declaração de bens e valores detidos no exterior na data base de 31 de dezembro de 2008.

Desde a entrada em vigor da Medida Provisória nº 2.224, em 2001, foram baixadas as seguintes circulares: Circular nº 3.071, de 2001; Circular nº 3.181, de 6 de março de 2003; Circular nº 3.225, de 12 de fevereiro de 2004; Circular nº 3.278, de 23 de fevereiro de 2005; Circular nº 3.313, de 2 de fevereiro de 2006; Circular nº 3.345, de 16 de março de 2007; Circular nº 3.384, de 7 de maio de 2008; Circular nº 3.442, de 3 de março de 2009; e Circular nº 3.496, de 4 de junho de 2010.

3 Objetivos

Em um primeiro momento, a finalidade precípua da instituição da declaração de bens e valores era contribuir para a fiscalização do cumprimento de obrigações tributárias, conforme, aliás, depreende-se dos preceitos que constam do Decreto-lei nº 1.060, de 1969, todos atinentes a infrações de natureza tributária, bem como da própria exposição de motivos do mencionado diploma normativo que expressamente consigna, em seu § 2º, que a obrigatoriedade de declarar “constitui medida exigida pela defesa do erário e da segurança nacional e se destina a possibilitar o controle dos valores mencionados, provenientes, principalmente, de operações clandestinas.”

Com a edição da Medida Provisória nº 2.224, de 2001, as preocupações originais com a fiscalização das questões tributárias foram deixadas de lado, operando-se, por conseguinte, profunda e substancial modificação dos objetivos perseguidos pela DCBE, que, embora ainda se encontrem ligados à Administração fiscal, passaram, desde então, a vincular-se também ao sistema financeiro nacional, ao constituir-se em fonte de auxílio na compreensão do contexto macroeconômico e na formulação da política econômica. Nesse sentido, já dispunha o Parecer 00646/2004⁵ (PGBC, 2004):

5 Da lavra do então Procurador-Chefe da Procuradoria da área de política monetária e internacional, Procurador do Banco Central Cristiano de Oliveira Lopes Cozer. Registre-se que o mencionado Parecer 00646/2004 foi revogado pelo Parecer 00216/216 (Dejur/PRPIN), no ponto em que concluía que o sigilo sobre dados e informações da DCBE é de natureza fiscal. No entanto, esse entendimento acabou por ser restabelecido pelo Procurador-Geral, em despacho no Parecer PGBC-364/2010, no qual consignou: “[...] as informações sobre capitais brasileiros no exterior, obtidas por esta autarquia na forma do Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, e da Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, apresentam natureza inegavelmente fiscal.”

8. A medida provisória, entretanto, fez mais do que simplesmente criar instrumental coercitivo para conferir eficácia à obrigatoriedade de declarar bens e valores mantidos fora do território nacional; ela introduziu um novo contexto normativo, caracterizado por alteração substancial na finalidade perseguida pela declaração de capitais brasileiros no exterior. Afastaram-se as preocupações originais, que, sob o Decreto-lei nº 1.060, de 1969, como se verificou acima, eram restritas à fiscalização tributária. [...]

9. Desde que entrou em vigor a medida provisória, o objetivo da DCBE, embora ainda se encontre ligado à ordem fiscal, consiste, como bem expôs o Decec à fl. 2, em “prover o Banco Central e o Governo de informações estatísticas para fins de decisões macroeconômicas nas áreas econômica e de política cambial” e em “obter informações que são encaminhadas, de forma globalizada, ao Fundo Monetário Internacional – FMI, conforme acordo firmado com o Governo brasileiro”. É possível afirmar, por conseguinte, que a finalidade perseguida pela DCBE, hoje, consiste em prover as autoridades econômicas de dados estatísticos para a compreensão do contexto macroeconômico e a formulação racional da política econômica.

Com efeito, a DCBE permite ao Brasil conhecer as riquezas que possui no exterior, e, a partir disso, as autoridades econômicas serão munidas de dados estatísticos que auxiliarão na exata compreensão do contexto macroeconômico e na formulação da política econômica, destinando-se também, em finalidade secundária, à obtenção de dados e informações que serão encaminhadas, de forma globalizada, ao Fundo Monetário Nacional (FMI). Essa percepção é extraída da própria exposição de motivos da Medida Provisória nº 2.224, de 2001, na qual expressamente se lê:

5. Por outro lado, no que se refere ao capital brasileiro no exterior, por falta de legislação específica que o discipline, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil vêm fixando em suas regulamentações infralegais, por competências atribuídas pela Lei nº 4.595, de 1964, as condições sob as quais pode ocorrer o afluxo para o exterior desses capitais, cuidando o Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, de obrigar os detentores de recursos no exterior a prestar informações ao Banco Central do Brasil sobre seus haveres no exterior, “sem prejuízo das obrigações previstas na legislação do imposto de renda [...]”. Posteriormente, o Conselho

Monetário Nacional, por meio da Resolução nº 139, de 1970, definiu que essas informações deveriam ser prestadas ao Ministério da Fazenda.

6. Essa regulamentação, no entanto, não prevê sanções para as situações em que ocorram descumprimento na prestação das informações, atrasos, incorreções ou até mesmo declarações falsas, o que torna inexecutível o exercício do acompanhamento efetivo do estoque do capital brasileiro no exterior, impossibilitando com isso a **elaboração de estatísticas importantes para o delineamento de políticas na área de fluxos internacionais de capitais para a elaboração do balanço de pagamentos e para a equalização de dados divulgados de forma consolidada por outros países de destaque na comunidade internacional, com os quais o Brasil mantém convênios para divulgação de dados.**

7. Assim, no momento em que são preparadas novas medidas para regulamentar e disciplinar o fluxo de capitais brasileiros para o exterior, a falta de informação ou a sua prestação de forma falsa ou intempestiva podem acarretar graves prejuízos ao interesse público no que diz respeito ao conhecimento atual e preciso desses dados. Desse modo, para coibir o não fornecimento de informações ao Banco Central, bem como evitar distorções em suas estatísticas em consequência de dados incorretos, é necessária a edição de instrumento legal que confira ao Banco Central do Brasil poderes para aplicar sanções aos autores dessas condutas. (grifei).

Também o Banco Central do Brasil, em seu sítio eletrônico na internet, afirma idêntica finalidade, ao asseverar que:

O CBE permite que o País conheça, de forma ampla e detalhada, as riquezas que possui no exterior. Dessa forma, contribui para a contabilidade do total de ativos e de passivos externos do Brasil. O levantamento possibilita, ainda, a aferição da Posição Internacional de Investimentos (PII), importante fonte de informações para a formulação da política econômica nacional, além de ser relevante elemento de avaliação do risco Brasil. Com os resultados obtidos, o País atende à Pesquisa Coordenada sobre Investimentos em Portfólio (Coordinated Portfolio Investment Survey – CPIS), abrangendo mais de oitenta países, que divulgam o quadro total de ativos, desagregados por diferentes rubricas. (BRASIL, 2008).⁶

6 BC inicia coleta de informações sobre capitais estrangeiros no exterior. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/texto/noticia.asp?codigo=978idpai=noticias>> Acesso em: 31 dez. 2010.

Assim, atualmente, a DCBE serve aos propósitos do Banco Central do Brasil, no seu papel de autoridade monetária, auxiliando no cumprimento de sua missão institucional de “assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e a solidez do sistema financeiro.”

4 Sujeito ativo da obrigação: pessoas físicas e jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no país

A obrigatoriedade de fornecimento da DCBE estende-se às pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no país, detentoras de bens e valores de qualquer natureza fora do território nacional, nos exatos termos do art. 1º, parágrafo único, da Medida Provisória nº 2.224, de 2001:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. São considerados capitais brasileiros no exterior os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e direitos detidos fora do território nacional por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede **no País**, assim conceituadas na legislação tributária. (grifei).

Atento aos limites do poder regulamentar, o CMN, mediante a Resolução nº 3.854, de 2010, não inovou na matéria, exigindo, nos mesmos moldes preconizados pela medida provisória, que o domicílio ou residência da pessoa física, assim como a sede da pessoa jurídica, esteja localizado no país, conforme se verifica em seu art. 1º:

Art. 1º As pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede **no País**, assim conceituadas na legislação tributária, devem prestar ao Banco Central do Brasil, na forma, limites e condições estabelecidos nesta Resolução, declaração de bens e valores que possuem fora do território nacional. (grifei).

A contrario sensu, não são alcançadas pela norma as pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior. Somente as pessoas

com residência, domicílio ou sede no país, vale dizer, no Brasil, podem ser sujeitos ativos da obrigação. Por conseguinte, os bens e valores detidos fora do território nacional por pessoas que lá residam, ainda que brasileiras, não precisam ser declarados ao Banco Central do Brasil, porquanto não atingidos pelo comando inserto nos dispositivos sob comento. Excepciona-se dessa regra aquelas pessoas que, não obstante o fato de estarem morando em território estrangeiro, tenham, para fins da legislação tributária, domicílio ou residência no Brasil. É o que se passa, por exemplo, com os servidores públicos que trabalham fora do país e recebam seus proventos por meio de instituições financeiras situadas em território estrangeiro (BRASIL, 2009).

Dessa forma, a primeira conclusão é a de que as pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede fora do território nacional nos termos da legislação tributária não figuram entre os destinatários da norma inserta no art. 1º, parágrafo único, da Medida Provisória nº 2.224, de 2001, *c/c* o art. 1º, *caput*, da Resolução nº 3.854, de 2010.

Relativamente ao conceito de domicílio ou residência, os dispositivos mencionados remetem à legislação tributária, não estando ele, portanto, vinculado às disposições da lei civil, mas a regra própria constante do art. 127 do Código Tributário Nacional (CTN), cujos termos são os seguintes:

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I – quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

II – quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

III – quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.

À vista do dispositivo transcrito, cabe ao contribuinte, como obrigação acessória, a indicação de seu domicílio fiscal, inclusive sua atualização, que, a propósito, é medida indispensável à manutenção dos direitos de terceiros credores e da Fazenda Nacional.⁷

Na falta de eleição do domicílio, é de se seguir os critérios elencados no mesmo artigo, cabendo registrar, no tocante ao domicílio da pessoa jurídica de direito privado, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui firme entendimento no sentido de que, para fins fiscais, matriz e filial são considerados estabelecimentos autônomos, no que diz respeito a atos ou fatos que originaram a obrigação, na linha, aliás, do quanto estabelecido no inc. II do art. 127 do CTN. Vários acórdãos vêm fixando:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. FILIAIS. LEGITIMIDADE AD CAUSAM.

I – “Em se tratando de tributo cujo fato gerador operou-se de forma individualizada tanto na matriz quanto na filial, não se outorga à matriz legitimidade para demandar, isoladamente, em juízo em nome das filiais, porque para fins fiscais ambos estabelecimentos são considerados autônomos” (REsp nº 640.880/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 17/12/2004).

II – Recurso especial improvido. (STJ, DJ de 19/12/2005, p. 228).

No mesmo sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 29, II E III, DA LEI DE LICITAÇÕES. MATÉRIA FISCAL. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 127, II, CTN.

I – Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do artigo 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal.

II – O domicílio tributário das pessoas jurídicas de direito privado, em relação aos atos ou fatos que dão origem à obrigação, é o de cada estabelecimento – artigo 127, II, do Código Tributário Nacional.

III – Recurso improvido. (STJ, DJ de 16/04/2007, p. 178).

⁷ A propósito, *vide*: AMS 2004.36.00.009667-4/MT, TRF1, Sétima Turma.

Mutatis mutandis, o mesmo entendimento se aplica à DCBE, ou seja, se o bem ou valor é detido fora do território nacional, de forma individualizada, tanto pela matriz quanto pela filial, ambos os estabelecimentos estão obrigados a declarar ao Banco Central do Brasil. Em situações que tais, o domicílio é determinado pelo fato gerador da obrigação, entendendo-se que, para esse fim, matriz e filial são considerados estabelecimentos autônomos.

À vista do acima exposto, na determinação do domicílio ou residência das pessoas físicas ou jurídicas obrigadas a declarar ao Banco Central do Brasil os ativos possuídos no exterior, segue-se a regra estatuída no art. 127 do CTN, ou seja, considera-se como domicílio: *i*) quanto às pessoas físicas, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade; *ii*) no tocante às pessoas jurídicas, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que deram origem à obrigação, o de cada estabelecimento; e *iii*) em relação às pessoas jurídicas de Direito Público, qualquer de suas repartições no território nacional.

5 Descumprimento da obrigação e ação punitiva

A Medida Provisória nº 2.224, de 2001, estabelece, em seu art. 1º, multa de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) para a hipótese de não fornecimento de informações regulamentares exigidas pelo Banco Central do Brasil relativas a capitais brasileiros no exterior, bem como de prestação de informações falsas, incompletas, incorretas ou fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação.

Por sua vez, o art. 8º da Resolução nº 3.854, de 2010, define os seguintes critérios para o arbitramento do valor da multa a ser fixada no caso concreto:

Art. 8º O descumprimento das normas referentes à declaração de que trata esta Resolução sujeita os responsáveis a multas, aplicadas pelo Banco Central do Brasil, de acordo com os percentuais abaixo fixados, em razão das seguintes ocorrências:

I – prestação de declaração fora do prazo: 10% (dez por cento) do valor previsto no art. 1º da Medida Provisória nº 2.224, de 2001, ou 1% (um por cento) do valor sujeito a declaração, o que for menor;

II – prestação de declaração contendo informação incorreta ou incompleta: 20% (vinte por cento) do valor previsto no art. 1º da Medida Provisória nº 2.224, de 2001, ou 2% (dois por cento) do valor sujeito a declaração, o que for menor;

III – não prestação da declaração ou não apresentação da documentação comprobatória ao Banco Central do Brasil das informações fornecidas: 50% (cinquenta por cento) do valor previsto no art. 1º da Medida Provisória nº 2.224, de 2001, ou 5% (cinco por cento) do valor sujeito a declaração, o que for menor;

IV – prestação de declaração falsa ou de informação falsa sobre os valores sujeitos à declaração: 100% (cem por cento) do valor previsto no art. 1º da Medida Provisória nº 2.224, de 2001, ou 10% (dez por cento) do valor sujeito a declaração, o que for menor.

§ 1º A multa a que se refere o inciso I deste artigo será reduzida nas seguintes situações:

I – atraso de 1 a 30 dias na prestação da declaração, hipótese em que corresponderá a 10% (dez por cento) do valor previsto;

II – atraso de 31 a 60 dias na prestação da declaração, hipótese em que corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor previsto.

§ 2º A redução prevista no § 1º deste artigo aplica-se inclusive aos processos administrativos punitivos pendentes de decisão na data da publicação desta Resolução.

Nota-se, pois, que o poder regulamentar manteve-se atento aos limites constantes do art. 1º da Medida Provisória nº 2.224, de 2001, que fixa o valor da multa no patamar máximo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Sendo assim, a gradação nos percentuais estabelecidos na resolução é perfeitamente válida, encontrando-se na linha da jurisprudência do STJ, que tem proclamado a legitimidade de atos regulamentares que estabelecem a gradação de penalidades administrativas:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA POR INFRAÇÃO CONSISTENTE NA FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVRO DIÁRIO. LEI 8.212/91 (ARTIGO 92). LIMITES MÍNIMO E MÁXIMO A SEREM OBSERVADOS PELO REGULAMENTO. DECRETO 612/92 (ARTIGO 107, *CAPUT* E INCISO II). LEGALIDADE.

1. O artigo 92, da Lei 8.112/91, dispõe que a infração a qualquer um de seus dispositivos, para a qual não haja penalidade expressamente cominada,

sujeita o responsável, conforme a gravidade da infração, à multa variável de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), conforme dispuser o regulamento.

2. Deveras, a aludida norma legal estabeleceu a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas, legando, todavia, ao alvedrio do Poder Executivo o arbitramento do valor da multa a ser fixado em caso de infração para a qual não tivesse sido cominada penalidade expressa. O poder regulamentar, no entanto, encontrava-se limitado aos valores consignados no referido dispositivo legal, vale dizer, não poderia ser estipulada multa inferior a Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros), nem superior a Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros).

3. Desta sorte, o Decreto 612/92, vigente à época da autuação do contribuinte, não extrapolou o texto da Lei 8.112/91, ao estabelecer gradação da multa a ser aplicada em cada caso concreto, notadamente quando fixou em Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros) a penalidade mínima a ser cominada à infração consistente em, por exemplo, “deixar a empresa, o servidor de órgãos públicos da Administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial, de exhibir os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas neste Regulamento”.

4. O suposto enquadramento da infração à sanção, efetivamente aferida pela instância inferior, implicaria em revolvimento de matéria fática interdita pela Súmula 07/STJ.

5. Recurso especial desprovido. (STJ, DJ de 18/5/2006, p. 190).

Com efeito, inexistente impedimento a que a Administração defina os contornos da penalidade,⁸ mediante a fixação de critérios e parâmetros do sancionamento cabível, tal como feito pelo art. 8º da Resolução nº 3.854, de 2010. Nem mesmo a ausência de elementos técnicos que limitem, por meio da norma administrativa, a discricionariedade do agente público responsável pelo ato concreto de polícia administrativa impede que, ao aplicar o ordenamento, seja realizado, à luz da proporcionalidade, juízo da pena adequada à situação fática (CARVALHO, 2009,

⁸ Anote-se que, segundo doutrina mais moderna, inexistente impedimento a que os regulamentos administrativos inovem, dentro de determinados parâmetros legais, a ordem jurídica vigente. Assim é que Flávio José Roman assevera: “Concluimos, pois, que é correto distinguir lei e regulamento pela afirmação de que só à primeira cabe inovar originariamente, isto é, com fundamento direto na Constituição, a ordem jurídica, sem negar, contudo, que ao segundo cabe inovar essa ordem com fundamento na primeira. Vale dizer, o regulamento traz para o ordenamento jurídico algo não expressamente contido nas disposições legais que regulamenta.” (JANTALIA, 2009, p. 64).

p. 354). O que de todo veda-se é a imposição de sanção a conduta que não está prevista em lei como ilícito administrativo. O STJ já decidiu que o

procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obedecer ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração. (STJ, DJ de 3/8/2006, p. 202).

Anote-se, de outra parte, que a imposição da penalidade de multa depende da prévia instauração de processo administrativo, que, nos termos da Resolução nº 3.854, de 2010, seguirá o rito da Resolução nº 1.065, de 5 de dezembro de 1985. Cuida-se na espécie de processo administrativo punitivo, assim compreendido aquele que tem por “objeto a averiguação de irregularidades ou situações ilegais na Administração e que, quando são elas comprovadas, dão margem à aplicação de punições a seus autores” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 30).

Nunca é demais lembrar, de outra parte, que, tendo em vista a natureza acusatória de que se revestem tais processos, é indispensável, sob pena de nulidade, assegurar-se aos interessados o exercício do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, nos exatos termos do art. 5º, LV, da Constituição da República.⁹ Como bem assinala José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 30),

processos de natureza punitiva não podem prescindir da aplicação do princípio. Nenhuma punição pode ser imposta sem que o punido tenha tido a oportunidade de rechaçar as acusações que pesam contra si e de provar as alegações que oferece.

Também a jurisprudência, por incontáveis vezes, já se pronunciou sobre o assunto. A propósito, tem-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

⁹ Art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

PROCESSO ADMINISTRATIVO – RESTRIÇÃO DE DIREITOS – OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW (CF, ART. 5º, LV) – REEXAME DE FATOS E PROVAS, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA – INADMISSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO “DUE PROCESS OF LAW”.

O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição de direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe punição disciplinar ou limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.

Não cabe reexame de fatos e de provas em recurso extraordinário. Não cabe recurso extraordinário, quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório, mesmo que o apelo extremo tenha sido deduzido em sede processual penal. (STF, DJ de 20/9/2002, p. 109).

Na mesma linha, o STJ tem assentado que a “Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia e nas atividades *self executing* não pode impor aos administrados sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa” (STJ, DJ de 18/9/2006, p. 274).

Não por coincidência, o art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo federal, expressamente consigna a necessidade de obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O mesmo dispositivo assegura ainda aos interessados, nos processos de que possam resultar a aplicação de sanções e nas situações de litígio, a garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, reafirmando, uma vez mais, a importância de observância do contraditório e da ampla defesa nos processos conduzidos pela Administração (inciso X).

Ao lado do referido dispositivo, cabe destacar também a norma expressa no art. 68 da mencionada lei, que ressalta a necessidade de se assegurar ao infrator, seja qual for a sanção a ser aplicada, o direito de defesa: “As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa.”

6 Prescrição da ação punitiva

O não cumprimento da obrigação de declarar, no tempo e modo previstos nas normas regulamentares, faz nascer para o Banco Central do Brasil o poder de punir o infrator, após a instauração do devido processo administrativo punitivo, conforme precedentemente assinalado.

Ocorre que o poder de punir tem prazo para ser exercido. Quer no âmbito penal, quer no campo administrativo, o tempo volta-se contra o titular do *ius puniendi*, obrigando-o a agir dentro de certo limite temporal, já que importa à sociedade, como instrumento de pacificação social, a estabilidade e a segurança das relações jurídicas, fundamento primeiro da prescrição,¹⁰ segundo claro magistério de Pontes de Miranda, para quem “os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrando a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionalidade” (MIRANDA, 1970, p. 101).

No âmbito administrativo, até o advento da Lei nº 9.873, de 29 de novembro de 1999, não havia uma norma legal que expressa e especificamente disciplinasse o prazo de prescrição para a ação punitiva da Administração Pública federal, direta ou indireta, no exercício do poder de polícia.

Registre-se, preliminarmente, que embora a Lei nº 9.873, de 1999, utilize o termo **prescrição**, há quem sustente, no campo doutrinário, que, tecnicamente

10 Sobre o princípio da segurança jurídica como fundamento da prescrição, no âmbito do Direito Administrativo, Weida Zancaner (2001, p. 77) observa: “[...] no Direito Privado a prescrição basta para garantir a segurança jurídica [...] mas [...] o mesmo não se dá no Direito Público, pois o princípio da segurança jurídica só fica resguardado através do instituto da decadência, em se tratando de atos inconvencionáveis, devido ao fato da Administração Pública não precisar valer-se da ação, ao contrário do que se passa com os particulares, para exercitar o seu poder de invalidar. Logo, o instituto da prescrição não seria suficiente para pacificar a situação que advém da matéria objeto deste estudo. Tanto é exata esta assertiva que não se concebe a possibilidade de interrupção ou suspensão do prazo para a Administração invalidar, característica esta da decadência, em oposição à prescrição.”

falando, o mencionado diploma legislativo não cuida de prescrição, mas de decadência. É como pensa, por exemplo, Raquel Melo Urbano de Carvalho, a qual entende que, ao estabelecer prazo para o exercício do poder de polícia, a lei em referência está regulando o prazo de manejo de um direito potestativo da Administração que lhe foi deferido pelo ordenamento jurídico em razão da supremacia do interesse público. E, como é cediço, direitos potestativos sujeitam-se a prazos decadenciais, nunca prescricionais. Diz a autora: “Malgrado o diploma legislativo utilize a expressão ‘prescrição’, certo é tratar-se de decadência [...]” (CARVALHO, 2009, p. 568). Para tanto, argumenta:

Considerando-se que a decadência é o perecimento de um direito não exercitado pelo titular no prazo fixado no ordenamento, pode-se afirmar que os direitos potestativos da Administração sujeitam-se a prazos decadenciais. Dentre tais direitos, destacam-se o **exercício do poder de polícia**, o exercício do poder disciplinar e a revisibilidade dos atos administrativos que apresentem vício capaz de comprometer sua legalidade. Em qualquer das hipóteses mencionadas, a Administração decairá do direito de exercer sua competência se deixar escoar o prazo fixado na lei dentro do qual lhe é possível atuar. Tem-se, portanto, como pressuposto indispensável à caracterização da decadência, a inércia pública em agir no período de tempo fixado no ordenamento para sua ação (CARVALHO, 2009, 565). (grifei).

A citada autora observa, ainda, que os tribunais superiores já vêm utilizando a conceituação técnica do paradigma consagrado no Código Civil. Invoca, a propósito, precedente do STJ, o qual se encontra lavrado em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. MULTA DE TRÂNSITO. AUTO DE INFRAÇÃO. LAVRADO EM FLAGRANTE. NOTIFICAÇÃO DA AUTUAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL.

1. Nos casos em que o auto é lavrado no momento da infração, com a assinatura do infrator, essa autuação vale como a primeira das notificações exigidas pela Lei nº 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro.
2. Para a regularidade do procedimento não é suficiente que o auto tenha sido assinado pelo infrator. A notificação, como ato administrativo, deve conter os elementos mínimos que conduzam ao alcance da sua finalidade – levar à ciência do suposto infrator o cometimento da infração, bem

como abrir-lhe prazo para apresentação de defesa prévia. Invalidez das notificações em flagrante.

3. Não expedida a notificação de autuação no tempo oportuno (art. 281, parágrafo único, II), o prazo não pode ser restabelecido, pois já atingido pela decadência. Precedente da Primeira Seção (REsp 844.211/RS, DJU de 4/2/2006).

4. Recurso especial improvido. (STJ, DJ de 28/2/2007, p. 217).

De fato, não se pode negar que, quando a Administração exercita o seu poder de polícia, o que está em pauta é o manejo de um poder-dever, e não propriamente de uma pretensão, já que ela não precisa da ação. Daí porque não me parece exato falar-se em prescrição da pretensão punitiva do poder público no exercício do poder de polícia.

De todo modo, o presente texto cuidará do instituto tal qual apresentado na Lei nº 9.873, de 1999, que o define como “prazo de **prescrição** para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências” (grifei).

Pois bem. Do regramento trazido pela lei em referência, notadamente pela combinação do art. 1º, *caput*, com o art. 2º, tem-se que a prescrição da ação punitiva da Administração dar-se-á em cinco anos, ressalvada a possibilidade de ocorrência de eventuais causas interruptivas.

Acresce-se que, em nosso ordenamento jurídico, o prazo prescricional rege-se pelo princípio da *actio nata*, segundo o qual a prescrição começa a correr com o nascimento da pretensão, que, nos termos do art. 189 do Código Civil, surge com a violação do direito: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

Em consequência desse entendimento, cabe perquirir, em primeiro lugar, qual o momento em que, nos casos de descumprimento das normas relativas à declaração, surge para o Banco Central do Brasil o poder de promover a ação punitiva correspondente.

Conforme visto, o prazo de prescrição para a ação punitiva da Administração Pública federal é regulado pela Lei nº 9.873, de 1999, cuja regra geral é a seguinte:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Assim, o prazo prescricional de cinco anos começa a correr na data em que se considera praticada a infração pelo administrado. Resta saber, portanto, em que momento se tem por cometido o ilícito administrativo consistente no não fornecimento da DCBE, ou de sua entrega fora do prazo, bem como na prestação de informações falsas, incompletas ou incorretas.

No caso de não fornecimento da declaração ou de sua entrega fora do prazo, não havendo de se falar em permanência ou continuidade delitiva, o *dies a quo* da prescrição é o dia posterior ao termo final para entregar ao Banco Central do Brasil as informações sobre os bens e valores mantidos no exterior, pois é aí que se configura o ilícito administrativo.

Tomemos o exemplo da pessoa que estivesse obrigada a declarar os ativos mantidos fora do território nacional na data base de 31 de dezembro de 2001. A forma, os limites e as condições dessa declaração estavam fixadas na Circular nº 3.071,¹¹ de 2001, cujo art. 3º¹² dispunha que as informações referentes ao ano de 2001, com data base em 31 de dezembro do mesmo ano, deveriam ser prestadas no período de 2 de janeiro a 31 de maio de 2002.

Nessa situação, tinha o interessado até 31 de maio de 2002 para apresentar a DCBE. Portanto, a partir de 1º de junho teria início a contagem do prazo prescricional de cinco anos, caso ele não fizesse a declaração ou a entregasse fora do prazo. O descumprimento do mandamento regulamentar e, portanto, a ocorrência da infração administrativa ficam caracterizados em 1º de junho, e não em 31 de dezembro de 2001, data base da obrigação.

Já na hipótese de prestação de informações falsas, incompletas ou incorretas, a infração administrativa consuma-se no exato instante em que o interessado apresenta ao Banco Central do Brasil a declaração defeituosa. Por conseguinte,

11 Alterada pelas circulares nº 3.110, de 15 de abril de 2002, e nº 3.181, de 6 de março de 2003.

12 Foi precisamente esse o entendimento por nós defendido no Parecer PGBC-74/2008 e no Parecer PGBC-78/2008, ambos aprovados pelo coordenador-geral da então área de processos administrativos contenciosos, procurador do Banco Central Nelson Alves de Aguiar Junior.

é nessa data que a prescrição começa a correr, e não no dia posterior ao termo final para entrega da DCBE, como ocorre na situação anteriormente assinalada.

Tomemos o exemplo de alguém que, estando obrigado a declarar os bens e valores detidos no exterior na data base de 31 de dezembro de 2001, o que deveria ser feito no período de 2 de janeiro a 31 de maio de 2002, nos termos da Circular nº 3.071, de 2001, apresentasse a DCBE em 29 de maio de 2002 – portanto, dentro desse período – omitindo, no entanto, determinado ativo detido em terras alienígenas.

Note-se que, nesse caso, o interessado efetivamente apresentou ao Banco Central do Brasil a necessária declaração para o período em exame. Ocorre que ele omitiu, nas informações prestadas, o ativo que possuía. A infração administrativa, assim, consuma-se em 29 de maio de 2002, ou seja, no exato instante em que o interessado apresentou a declaração sem a indicação do bem. Por conseguinte, é nessa data que a prescrição começa a correr, e não em 31 de dezembro de 2001, data-base da obrigação, ou 31 de maio de 2002, termo final estipulado para o cumprimento da obrigação como um todo.¹³

7 Conclusão

A DCBE consiste na apresentação de informações ao Banco Central do Brasil acerca de bens, valores e direitos mantidos fora do território nacional por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no Brasil, segundo conceituação da legislação tributária.

O objetivo atual da medida consiste em prover as autoridades econômicas de dados de cunho estatístico que servirão de auxílio na compreensão do contexto macroeconômico e na formulação da política econômica, destinando-se também, em finalidade secundária, à obtenção de dados e informações que serão encaminhadas, de forma globalizada, ao FMI.

A obrigatoriedade de declarar foi instituída pelo Decreto-Lei nº 1.060, de 1969, sendo que o descumprimento da obrigação somente passou a ser punível,

¹³ Foi precisamente esse o entendimento por nós defendido no Parecer PGBC-74/2008 e no Parecer PGBC-78/2008, ambos aprovados pelo coordenador-geral da então área de processos administrativos contenciosos, procurador do Banco Central Nelson Alves de Aguiar Junior.

com penalidade de multa, em 2001, com a edição da Medida Provisória nº 2.224. A declaração deve ser prestada na forma, limites e condições estabelecidas pelo CMN, que regulamentou a matéria, inicialmente, por meio da Resolução nº 2.911, de 2001, a qual foi revogada pela Resolução nº 3.540, de 2008, que veio a ser posteriormente revogada pela Resolução nº 3.854, de 2010, atualmente em vigor.

Na determinação do domicílio ou residência das pessoas físicas ou jurídicas obrigadas a declarar os ativos possuídos no exterior, segue-se a regra estatuída no art. 127 do CTN, ou seja, considera-se como domicílio: *i*) quanto às pessoas físicas, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade; *ii*) no tocante às pessoas jurídicas, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que deram origem à obrigação, o de cada estabelecimento; e *iii*) em relação às pessoas jurídicas de Direito Público, qualquer de suas repartições no território nacional.

No caso de não fornecimento das informações regulamentares, bem como de prestação de informações falsas, incompletas, incorretas ou fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação, a Medida Provisória nº 2.224, de 2001, estabelece, em seu art. 1º, multa de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), sendo que o art. 8º da Resolução nº 3.854, de 2010, fixa os critérios de sua aplicação, o que está em consonância com a jurisprudência do STJ, que tem proclamado a legitimidade de atos regulamentares que estabelecem a gradação de penalidades administrativas.

A imposição da penalidade de multa depende da prévia instauração de processo administrativo, que, nos termos da Resolução nº 3.854, de 2010, seguirá o rito da Resolução nº 1.065, de 1985. Cuida-se na espécie de processo administrativo punitivo, razão pela qual deve ser oportunizado ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, nos exatos termos do art. 5º, LV, da Constituição da República.

A ação punitiva do Banco Central do Brasil prescreve em cinco anos, nos termos da Lei nº 9.873, de 1999, sendo que o *dies a quo* do prazo prescricional, no caso de não fornecimento da declaração ou de sua entrega fora do prazo regulamentar, é o dia posterior ao termo final para entregar à autoridade monetária as informações sobre os bens e valores mantidos no exterior, pois é aí que se configura o ilícito administrativo.

Já na hipótese de prestação de informações falsas, incompletas ou incorretas, a infração administrativa consuma-se no exato instante em que o interessado apresenta ao Banco Central do Brasil a declaração defeituosa. Por conseguinte, é nessa data que a prescrição começa a correr, e não no dia posterior ao termo final para entrega da DCBE, como ocorre na situação anteriormente assinalada.

Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**: comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- FRIEDMAN, Thomas L. **O Mundo é Plano: uma breve história do século XXI**. Tradução de Cristina Serra e S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- JANTALIA, Fabiano (Coord.). **A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, v. VI.
- PROCURADORIA-GERAL DO BANCO CENTRAL – PGBC. **Parecer 00646/2004** (Dejur/PRPIN), de 7 de dezembro de 2004. Base de dados do Banco Central do Brasil.
- _____. **Parecer 00216/2005** (Dejur/PRPIN), de 8 de junho de 2005. Base de dados do Banco Central do Brasil.
- _____. **Parecer PGBC-74/2008**, de 5 de maio de 2008. Base de dados do Banco Central do Brasil.
- _____. **Parecer PGBC-78/2008**, de 7 de maio de 2008. Base de dados do Banco Central do Brasil.
- _____. **Parecer PGBC-364/2010**, de 23 de dezembro de 2010. Base de dados do Banco Central do Brasil.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

Parecer PGBC-174/2010

Estudo acerca das inovações propostas no anteprojeto de novo Código de Processo Civil. Regime legal de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira. *Caput* e §§ do 1º ao 10 do art. 778 da minuta de anteprojeto.

Jader Amaral Brilhante

Procurador-Chefe

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral

Marusa Vasconcelos Freire

Procuradora-Geral interina

Parecer PGBC-174/2010
Proc. 1001483493

Fortaleza, 18 de junho de 2010.

Ementa: Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CC2PG). Estudo acerca das inovações propostas no anteprojeto de novo Código de Processo Civil. Regime legal de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira. Caput e §§ 1º a 10 do art. 778 da minuta de anteprojeto. Diretrizes da proposta de reforma processual. Inconsistências jurídicas e operacionais do anteprojeto. Proposta de alteração do dispositivo.

Senhor Subprocurador-Geral titular da CC2PG,

ASSUNTO

Trata-se de estudo, recomendado por Vossa Senhoria, acerca das inovações propostas no art. 778 e §§ do anteprojeto de novo Código de Processo Civil, referentes ao regime legal de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira.

2. A imperiosidade de se realizar o presente estudo decorreu de notícia veiculada no Jornal Valor Econômico, datada de 15 de junho de 2010 (fl. 6), dando conta de que a proposta de alteração normativa encartada no anteprojeto de novo Código de Processo Civil instituiria “a possibilidade de o Banco Central responder por danos morais e materiais por penhoras *on-line* efetuadas além do valor da dívida”.

3. A notícia acima referida, mesmo não encontrando ressonância nos comandos exarados no texto do anteprojeto, evidenciou a necessidade de esta PGBC examinar as disposições constantes do *caput* e dos §§ 1º a 10 do art. 778 da minuta de novo CPC, notadamente em razão da posição estratégica desta Autarquia Federal na tarefa de viabilizar a comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições do Sistema Financeiro Nacional, fato que, aliás, ganhou especial

relevo a partir da celebração de Convênios de Cooperação com o STJ, STM, TSE e TST, com posterior adesão dos TJs, TRFs e TRTs, para propiciar o acesso dos juízes ao Sistema Bacen Jud 2.0.

4. O exame preambular dos preceptivos em apreço (*caput* e §§ 1º a 10 do art. 778 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil) fez ver que o anteprojeto, tal como posto, preconizaria a criação de regras procedimentais que, tanto do prisma jurídico quanto do operacional, mostrar-se-iam inadequadas a disciplinar o regime da penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, mormente porque, em vez de aperfeiçoar a sistemática ora existente, findaria por mitigar os avanços conquistados com a edição da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro 2006.

5. Dada a relevância que o caso requer, foi-me recomendado, por meio do despacho de fl. 1, que elaborasse avaliação legal sobre o art. 778, *caput*, parágrafos e incisos, do anteprojeto de novo Código de Processo Civil, a ser posteriormente submetido ao exame do Senhor Procurador-Geral deste Banco Central. É o que se passa a levar a efeito nos tópicos subsequentes.

APRECIÇÃO

I – Considerações Iniciais

6. Registre-se, de início, que o regime legal de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira foi estabelecido, no anteprojeto de novo Código de Processo Civil, no *caput* e §§ 1º a 10 do art. 778, que se localiza na Subseção V da Seção III do Capítulo IV do Título II do Livro III. Para melhor compreensão do tema, traz-se à colação, logo a seguir, o inteiro teor dos preceitos que serão adiante examinados:

LIVRO III
DO PROCESSO DE EXECUÇÃO
[...]
TÍTULO II
DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO
[...]
CAPÍTULO IV

DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA
CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

[...]

Seção III

Da penhora, do depósito e da avaliação

[...]

Subseção V

Da penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira

Art. 778. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz poderá, a requerimento do exequente, em decisão fundamentada, transmitida preferencialmente por meio eletrônico, ordenar à autoridade supervisora do sistema bancário que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

§ 1º A ordem de indisponibilidade prevista no *caput* será precedida de requisição judicial de informação sobre a existência de ativos financeiros em nome do executado, bem como sobre os respectivos valores, a qual será dirigida à autoridade supervisora do sistema bancário.

§ 2º Na requisição a que se refere o § 1º, a autoridade supervisora do sistema bancário limitar-se-á a prestar as informações exigidas pelo juiz, sendo-lhe vedado determinar, por iniciativa própria, a indisponibilidade de bens do executado.

§ 3º Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será imediatamente intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente.

§ 4º Incumbe ao executado, no prazo de cinco dias:

I – comprovar que as quantias depositadas em conta corrente são impenhoráveis;

II – indicar bens à penhora, alternativamente aos ativos financeiros tornados indisponíveis, demonstrando que a penhora dos bens indicados não trará prejuízo ao exequente e lhe será menos onerosa.

§ 5º Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, e lavrar-se-á o respectivo termo, devendo a instituição financeira respectiva transferir o montante penhorado de imediato para conta vinculada ao juízo da execução.

§ 6º Realizado o pagamento da dívida, a indisponibilidade será imediatamente cancelada.

§ 7º A indisponibilidade poderá ser deferida liminarmente se o exequente demonstrar que a citação do executado poderá tornar ineficaz a medida; caso em que o juiz poderá determinar a prestação de caução para assegurar

o ressarcimento dos danos que o executado possa vir a sofrer.

§ 8º Salvo decisão judicial que estabeleça menor prazo, o cancelamento da indisponibilidade excessiva deverá ser realizado em, no máximo, vinte e quatro horas da emissão da ordem pelo juiz.

§ 9º A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento imediato da indisponibilidade, quando assim o determinar o juiz.

§ 10. Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o *caput* deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei.

7. A primeira dificuldade que se antepõe à análise do presente anteprojeto é identificar a verdadeira diretriz que orientará a nova sistemática de penhora de ativos financeiros. Destaque-se, de plano, que a hipótese mais plausível é que o regime proposto no anteprojeto tenciona alterar as balizas consagradas no art. 655-A do CPC. Só para se ter uma ideia do alcance das mudanças, anote-se que a redação dada ao *caput* do art. 778 preconiza a transferência, para a autoridade supervisora do Sistema Financeiro Nacional, da responsabilidade pela execução de todas as ordens judiciais relacionadas aos bloqueios e desbloqueios de contas, além das referentes às solicitações de informação de saldos de contas de clientes das instituições financeiras.

8. Assim, se os comandos do *caput* e §§ 1º a 10 do art. 778 pretendem transferir para o Banco Central os atos de execução decorrentes das decisões judiciais relativas aos bloqueios e penhoras de ativos financeiros, forçoso será concluir que a reforma do regime de penhora de ativos financeiros foi gestada para aniquilar com a sistemática inaugurada com o programa Bacen Jud 2.0.¹ Por outro lado, se a intenção do anteprojeto é apenas aperfeiçoar a sistemática vigente, preservando-se o status do Banco Central, tal como o Sistema foi concebido, de mero gestor do *software* de comunicação entre Poder Judiciário e as instituições

1 Regime que veio a ser, posteriormente, ratificado, expressamente, pela entrada em vigor do art. 655-A do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006.

financeiras, impõe-se então convir que se trata de projeto redigido por equipe de juristas pouco familiarizada com os aspectos legais e operacionais do atual sistema de penhora de ativos financeiros, a ponto de produzirem alterações normativas incompatíveis com a realidade, pois desconhecem o fato de que o Bacen Jud 2.0 é apenas um *software* de comunicação entre Poder Judiciário e as instituições financeiras. O desafio deste parecerista, portanto, é examinar o anteprojeto sob as duas perspectivas aqui informadas.

9. Antes, porém, de se estudar as regras mais controvertidas do multicitado anteprojeto, nos que diz respeito ao Sistema Bacen Jud 2.0, deve-se promover, já de início, uma crítica ao texto do *caput* e dos §§ 1º a 10 do art. 778 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil, por não elucidarem se se trata da instalação de um regime legal de penhora de ativos financeiros por meio eletrônico ou, de modo diverso, para disciplinar os procedimentos usualmente utilizados para efetivação de indisponibilização² de numerários depositados (ou aplicados) em instituições financeiras. Recorde-se, nesse sentido, que ainda hoje o Poder Judiciário promove a constrição judicial de ativos financeiros por meio de ofícios em papel endereçados ao Banco Central, para posterior encaminhamento às instituições financeiras.

10. O silêncio da norma, ao que parece, conduzirá os exegetas a pressupor que o anteprojeto de novo Código de Processo Civil se volta a disciplinar as duas formas de comunicação do Poder Judiciário com a rede bancária,³ fato que se torna especialmente grave porque as regras do art. 778, *caput* e §§, do anteprojeto de novo CPC não estabelecem um mínimo de adaptação para as distinções imanentes a cada uma das duas formas mais utilizadas para remessa de ordens de bloqueio de ativos financeiros às instituições financeiras.

11. A escolha que se antevê encartada no anteprojeto – de instituir um único regime de penhora de ativos financeiros, que se preste a aplicar ao meio eletrônico, bem como aos ofícios em papel (via correios) –, consubstancia grave erro metodológico, notadamente porque impõe limites temporais e obrigacionais flagrantemente incompatíveis com as diferentes sistemáticas de remessa.

2 O anteprojeto de novo Código de Processo Civil, para dirimir debate doutrinário sobre o tema, estabeleceu uma distinção conceitual entre os termos bloqueio (indisponibilidade) e transferência (penhora), que são utilizados pelo Sistema Bacen Jud 2.0. A questão será tratada em maiores detalhes no curso deste parecer.

3 A propósito, vale recordar que, nos dias atuais, as duas formas utilizadas pelo Poder Judiciário para enviar ordens de bloqueio às instituições financeiras são: por meio de ofícios em papel, via correios, endereçados ao Banco Central; e mediante a expedição de mensagens eletrônicas no Sistema Bacen Jud 2.0.

12. A propósito desse fato, não seria descabida a discussão, apenas para fins ilustrativos, acerca dos inconvenientes decorrentes da regra exarada no § 8º do art. 778, segundo a qual “o cancelamento da indisponibilidade excessiva deverá ser realizado em, no máximo, vinte e quatro horas da emissão da ordem pelo juiz.” Nesse particular, poder-se-ia propor a seguinte indagação: como poderia a instituição financeira, na hipótese de remessa de ordem de desbloqueio via ofício em papel, promover o levantamento da indisponibilidade do numerário no exíguo prazo de vinte e quatro horas, contadas da emissão da ordem pelo juiz? Deveras, só o tempo de processamento do ofício nos correios já seria suficiente para que o referido marco temporal fosse ultrapassado. Como se vê, basta esse simples exemplo para se perceber o quanto é despropositada a pretensão generalista traçada nas regras do art. 778, *caput* e §§, do anteprojeto de novo CPC.

13. O desafio do Poder Judiciário brasileiro, coadjuvado por ingentes esforços dos Poderes Legislativo e Executivo, foi instituir, principalmente a partir da inclusão do art. 655-A no CPC, pela Lei nº 11.382, de 2006, uma sistemática voltada a compelir os magistrados, nos casos de realização de penhora de ativos financeiros, a remeterem suas ordens de indisponibilidade exclusivamente pelo meio eletrônico, por se tratar do único veículo, nos dias atuais, capaz de garantir de modo célere, seguro e eficaz a efetividade da tutela executória. Bem se vê, do exposto, que não há justificativa lógica para se defender a diretriz veiculada nos comandos do art. 778, *caput* e §§, do anteprojeto de novo CPC, uma vez que esta prestigia a criação de um plexo de regras de difícil implementação prática com o fito de disciplinar eventos – ordens de indisponibilidade de ativos financeiros remetidas por meio de ofícios em papel – que, segundo o regime que se supõe superior (a priorização da penhora por meio eletrônico), deveriam ocorrer somente em hipóteses raras e excepcionais.⁴

14. A proposta das regras do art. 778, *caput* e §§, do anteprojeto de novo CPC – de criar um regime legal de penhoras de ativos financeiros que seja igualmente aplicável aos bloqueios por meio de ofícios em papel e mediante a utilização do Sistema Bacen Jud 2.0 –, veicula pretensão que se contrapõe, de modo inequívoco, às reformas processuais desenvolvidas nos últimos 4 (quatro) anos.

4 Consoante entendimento ora vigente acerca da inteligência do *caput* do art. 655-A do CPC, a utilização do Sistema Bacen Jud 2.0 é obrigatória, só sendo possível a remessa de ofícios em papel ao Banco Central em circunstâncias especialíssimas, como, por exemplo, nos casos em que o Magistrado não tem acesso a *internet* na circunscrição em que atua ou quando eventuais falhas operacionais impedirem o uso do meio eletrônico. A questão será acuradamente discutida em tópico adiante.

15. Só por essa equivocada diretriz normativa – a tentativa de se criar regras únicas para disciplinar, a um só tempo, sistemáticas sabidamente diversas: a penhora de ativos por meio eletrônico e a realizada mediante a remessa de ofício em papel –, que se mostra incapaz de contribuir para o aperfeiçoamento do sistema de penhora de ativos financeiro, já se justificaria a recomendação deste parecerista no sentido de que esta PGBC engendrasse esforços para promover alterações no texto ora examinado.

16. Deve-se acentuar, entretanto, que a redação dada ao *caput* e §§ do art. 778 do anteprojeto de novo CPC apresenta muitas outras deficiências, das mais variadas espécies, algumas, inclusive, capazes de comprometer a operação do Sistema Bacen Jud 2.0, como também inviabilizar, na prática, a eficácia da expedição de ordens de penhora. Ante a grande variedade de erros encartados no art. 778, *caput* e §§, do anteprojeto de novo CPC, este parecerista adotará a metodologia de examinar os pontos mais controvertidos em tópicos separados, a partir de um estudo individual de cada um dos dispositivos.

II – Análise do *caput* do art. 778 do anteprojeto de novo CPC

17. A redação do *caput* do art. 778, além de ressuscitar questão já solucionada no âmbito do egrégio Conselho Nacional de Justiça,⁵ traz novas regras de operacionalização do bloqueio de ativos financeiros que, do ponto de vista factual, mostram-se, nos dias atuais, flagrantemente impraticáveis. O texto proposto no anteprojeto, sem qualquer dúvida, é um retrocesso em comparação ao que se acha em vigor (art. 655-A do CPC), notadamente porque impõe deveres ao Banco Central que a Autarquia não tem como realizar, como também, em redação sobremodo confusa, faz supor que os juízes, para remeterem ordens de bloqueio às instituições financeiras, estariam obrigados a adotar formalidades inúteis, como é o caso da remessa dos fundamentos da decisão de bloqueio para as instituições financeiras, mesmo sendo estas pessoas estranhas ao processo de execução.

18. Os pontos acima suscitados podem ser elucidados com maior acurácia a partir de um estudo comparativo dos preceptivos acima referidos (*caput* do

5 A Resolução CNJ nº 61, de 7 de outubro de 2008, determinou, em seu art. 2º, a obrigatoriedade de cadastramento, no sistema Bacen Jud, de todos os magistrados brasileiros cuja atividade jurisdicional compreenda a necessidade de consulta e bloqueio de recursos financeiros de parte ou terceiro em processo judicial.

art. 778 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil e *caput* do art. 655-A do CPC em vigor), razão por que se transcreve, a seguir, o inteiro teor dos comandos em apreço:

Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

Art. 778. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz poderá, a requerimento do exequente, em **decisão fundamentada**, transmitida **preferencialmente** por meio eletrônico, ordenar à **autoridade supervisora do sistema bancário que torne indisponíveis ativos financeiros** existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

Código de Processo Civil em vigor:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

19. Um aspecto que gerou grande confusão doutrinária, por ocasião da entrada em vigor do art. 655-A do CPC, foi a correta exegese da expressão “preferencialmente por meio eletrônico”, que se acha incluída no texto do preceptivo ora analisado. A dúvida primacial, decorrente da equivocidade do termo utilizado, era saber se a palavra **preferência**,⁶ no contexto da sistemática de penhora de ativos depositados em instituições financeiras, queria dizer “opção” ou “prioridade”. Em outras palavras, a questão a ser deslindada era saber se a utilização do Sistema Bacen Jud 2.0 era uma faculdade (opção) do juiz ou, de modo diverso, se se tratava de uma prioridade, sendo certo que, nesse último caso, só haveria falar em remessa de ordens de bloqueio de numerário por meio

6 Segundo o dicionário *Houaiss* a palavra **preferência** pode ter os seguintes significados:

1 ação de preferir, de escolher um entre outros

Ex.: grato pela p.

2 possibilidade legal de passar à frente dos outros; prioridade

Ex.: crianças e idosos têm p.

3 estima ou amor maior com relação a uma pessoa ou uma coisa do que a outra(s); predileção

Ex.: <p. por um dos filhos> <p. quanto a gênero de filme, cor de tecido etc.> <gozar da p. do público>

4 sinal especial de afeto, de estima, de honra, que se concede a alguém

5 Rubrica: termo jurídico.

m.q. *antelação*

de ofícios em papel na hipótese de impossibilidade tecnológica de acesso ao Bacen Jud 2.0.

20. A controvérsia sobre a correta exegese do art. 655-A do CPC foi inicialmente suscitada no âmbito do egrégio Conselho Nacional de Justiça, por meio da instauração do Pedido de Providências nº 2007.10.00.001581-8. Naquela ocasião (Sessão de 2 de fevereiro de 2008), arrimado na inteligência de que a interpretação legal não pode esvaziar o sentido do princípio constitucional da celeridade (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição), o Colendo CNJ decidiu, por unanimidade, pela obrigatoriedade de cadastramento de todos os Juízes no Sistema Bacen Jud, fazendo concluir, por inferência lógica, que a expressão “preferencialmente” deveria ser interpretada como “prioritariamente”. Não foi sem razão, por conseguinte, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 61, de 7 de outubro de 2008, para determinar, em seu art. 2º, a obrigatoriedade de cadastramento, no Sistema Bacen Jud, de todos os magistrados brasileiros cuja atividade jurisdicional compreenda a necessidade de consulta e bloqueio de recursos financeiros de parte ou terceiro em processo judicial.

21. Destaque-se, em reforço do acerto da aludida interpretação, que a Terceira Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.043.759/DF, por meio do qual se discutia o alcance do art. 655-A do CPC, firmou entendimento, por unanimidade, que a palavra “preferencialmente” teria o intuito de determinar que o uso do meio eletrônico seria obrigatório sempre que ele estivesse disponível, elucidando que a utilização de outros meios de remessa de ordem judicial apenas deveriam ocorrer quando falhas operacionais impedissem o manejo do meio eletrônico. Nesse sentido, vale conferir, abaixo transcritos, o texto da ementa do referido julgado, bem como passagem esclarecedora do Voto da Ministra Relatora:

Ementa:

Processual civil. Recurso especial. Ação de execução de título extrajudicial. Bacen Jud. Obrigatoriedade de cadastramento do magistrado. Art. 2º da Resolução nº 61/08 do CNJ. Precedência da utilização do sistema eletrônico sobre os demais meios disponíveis para a realização das providências do art. 655-A do CPC.

– O art. 655-A do CPC, ao mencionar a expressão “preferencialmente”, determina que é prioritária a utilização do meio eletrônico para a realização

das providências contidas no referido dispositivo, facultando, apenas de forma subsidiária, o uso de outros mecanismos para tal finalidade.

– Nos termos do art. 2º da Resolução nº 61/2008 do CNJ, “é obrigatório o cadastramento, no sistema Bacen Jud, de todos os magistrados brasileiros cuja atividade jurisdicional compreenda a necessidade de consulta e bloqueio de recursos financeiros de parte ou terceiro em processo judicial”. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1043759/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 16/12/2008)

Voto da Ministra Nancy Andrigli:

Segundo a tese adotada pelo Juiz de Primeiro Grau de Jurisdição, e que restou confirmada pelo TJDFT na presente hipótese, a referida expressão indicaria que a utilização do meio eletrônico seria mera faculdade do julgador, que, se entendesse conveniente, poderia realizar a requisição de informações à autoridade supervisora do sistema bancário por meio distinto do eletrônico.

A outra interpretação do mencionado excerto do art. 655-A do CPC, defendida pelo recorrente, sugere que o aludido dispositivo, ao mencionar a palavra “preferencialmente”, teria o intuito de determinar que a utilização do meio eletrônico seria obrigatória sempre que ele estivesse disponível, possibilitando o uso de outros mecanismos para a obtenção de informações sobre a existência de ativos em nome do executado e determinação de bloqueio de quantias depositadas em instituições financeiras apenas quando falhas operacionais impedissem o uso do meio eletrônico.

Esta segunda interpretação, ao nosso sentir, mostra-se mais coerente com a opção feita pelo legislador que, ao inserir o art. 655-A no CPC, buscou tornar a execução mais célere e efetiva, assegurando da forma mais breve possível o acesso do exequente ao bem da vida pretendido.

Destaque-se ainda, que caso a expressão “preferencialmente” fosse suprimida do texto legal, a utilização de qualquer meio diverso do eletrônico estaria vedada sempre que houvesse uma eventual falha operacional do sistema, impedindo assim que as providências mencionadas no art. 655-A do CPC fossem tomadas, ainda que por mecanismos menos velozes.

A preferência a que faz alusão a redação do artigo não deve ser entendida como sinônimo de predileção, mas sim de precedência, primazia e prioridade.

Logo, conclui-se que o meio eletrônico precederá qualquer outro para a realização das providências previstas no art. 655-A do CPC.

(Os destaques não são do original).

22. Não há justificativa, portanto, para o texto do anteprojeto de novo CPC repetir, no *caput* do art. 778, a desastrosa expressão “preferencialmente por meio eletrônico”, que gerou tanta controvérsia doutrinária e judicial sobre a obrigatoriedade de utilização do Sistema Bacen Jud. Não há dúvida, a partir da edição da Resolução CNJ nº 61, de 2008, que os juízes brasileiros, quando se acharem em situação de ter que consultar as instituições financeiras sobre dados de seus clientes ou bloquear recursos financeiros de parte ou de terceiro em processo judicial, terão que, obrigatoriamente, utilizar o Sistema Bacen Jud 2.0, só sendo possível a remessa de ofícios em papel ao Banco Central em circunstâncias especialíssimas, como, por exemplo, nos casos em que não tenham acesso a *internet* (sic) na circunscrição judicial ou quando eventuais falhas operacionais impedirem o uso do meio eletrônico.

23. Diante desse quadro, entendo que a expressão “preferencialmente por meio eletrônico” deveria ser extirpada do *caput* do art. 778, mostrando-se de todo oportuno, em homenagem a inteligência firmada no egrégio Conselho Nacional de Justiça, que se elaborasse uma nova redação para o *caput* do art. 778 que fosse capaz de evidenciar a primazia da comunicação por meio eletrônico (Sistema Bacen Jud 2.0) em relação a outras formas de remessa de ordens judiciais existentes.

24. Outro aspecto que reclama imediata revisão, dados os graves efeitos que podem advir para esta Autarquia, é o trecho do *caput* do art. 778 do anteprojeto de novo CPC no qual o legislador estabelece que os comandos da decisão judicial de bloqueio devem ordenar à autoridade supervisora do sistema bancário que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado.

25. Advirta-se, para exata contextualização do debate, que a redação do *caput* do art. 655-A do CPC é silente quanto a determinar, explicitamente, quem é a pessoa jurídica responsável pela execução do ato de indisponibilização. De todo modo, os §§ 2º e 3º do art. 2º do Regulamento do Sistema Bacen Jud 2.0⁷ não deixam dúvida de que, na sistemática vigente, são as instituições financeiras participantes as responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, competindo ao Banco Central, tão-somente, a operacionalização e a manutenção do Sistema.

26. O fato é que o *caput* do art. 778 do anteprojeto de novo CPC, tal como redigido, criou regra de direito transferindo para o Banco Central a

7 Que passou a vigor a partir de 24 de julho de 2009.

responsabilidade de realizar a efetivação do bloqueio de ativos financeiros, preceito normativo que, a toda evidência, confronta o senso mais comedido de razoabilidade.

27. A regra encartada no *caput* do art. 778 do anteprojeto de novo CPC – de que o juiz poderá ordenar à autoridade supervisora do sistema bancário que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado – mostra-se flagrantemente desarrazoada porque impõe ao Banco Central, que é pessoa diversa das instituições financeiras (estas sim, verdadeiras depositárias do numerário do executado), a obrigação de atuar sobre ativos que não estão sob sua esfera de poder. Na esteira de assentada jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, não se deve descurar de que normas desse jaez, marcadas pela inobservância, no processo de sua formulação, de critérios de razoabilidade consentâneos com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, violam a cláusula constitucional de garantia do substantivo processo legal (*substantive due process of law*),⁸ motivo pelo qual devem ser tidas por inconstitucionais, em sua dimensão material.

28. Para mais detido exame desse argumento, impõe-se registrar que, de fato, há relevantes razões, de ordem jurídica e pragmática, que evidenciam a falta de razoabilidade de se expedir a regra ora debatida. Vale conferir:

- 1) em primeiro lugar, o Banco Central, por força de expressa disposição legal, não pode ser depositário de ativos financeiros de pessoas físicas e jurídicas (art. 12 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964), além do que não detém informações sobre movimentação financeira de contas de clientes bancários, até porque, nesse particular, simplesmente não faz, nunca fez, nem existe determinação legal de que faça, qualquer espécie de registro cadastral relacionado com a movimentação de ativos financeiros, pelos clientes bancários, nas instituições financeiras integrantes do

⁸ Segundo orientação do egrégio Supremo Tribunal Federal, todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law*. A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. Para maiores detalhes sobre o tema, vale conferir, a guisa de ilustração, os seguintes precedentes: RE 200844 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/06/2002, DJ 16-8-2002 PP-00092 EMENT VOL-02078-02 PP-00234 RTJ VOL-00195-02 PP-00635; ADI 2667 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19-6-2002, DJ 12-3-2004 PP-00036 EMENT VOL-02143-02 PP-00275; ADI 1817 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 23-4-1998, DJ 14-6-2002 PP-00127 EMENT VOL-02073-01 PP-00182; e ADI 1407 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 7-3-1996, DJ 24-11-2000 PP-00086 EMENT VOL-02013-10 PP-01974.

Sistema Financeiro Nacional. Assim, o novo dispositivo, nos termos em que se encontra posto, exige que o Banco Central se responsabilize por algo que, nos dias atuais, não possui meios materiais de realizar, sendo de todo despropositado, por outra vertente, imaginar que o Estado brasileiro se veria obrigado a despende vultosa quantia do Erário para criar uma solução tecnológica que se mostrasse capaz de efetivar o bloqueio direto de ativos financeiros, pelo Banco Central, quando é certo que, no atual contexto, a imposição desse mister às instituições financeiras já se mostra um método eficaz de viabilizar a concretização da medida; e

- 2) o segundo motivo, apresentado aqui para contraditar à suposição de que a Autarquia, na qualidade de supervisora do Sistema Financeiro Nacional, poderia zelar para que os bancos cumprissem rigorosamente os estritos termos da ordem judicial, é de teor substancialmente jurídico, mas nem por isso deixa de ser um impedimento relevante. É que o ordenamento jurídico vigente, ao estabelecer a esfera de competência da Autoridade Monetária, não conferiu poderes, nem instrumentos legais, que autorizem o Banco Central a punir as instituições financeiras que descumpram ordens judiciais, mesmo que versando sobre bloqueio ou desbloqueio de ativos financeiros. Aliás, não há como afirmar que seria juridicamente defensável a criação por lei ordinária, tal como se dá neste anteprojeto, de nova atribuição para o Banco Central – promover a efetividade do bloqueio de ativos financeiros –, quando é certo que o egrégio STF já firmou orientação, no julgamento da ADI 449, de que “[...] no que toca a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central, as normas constantes da Lei 4.595, de 1964, têm *status* de lei complementar”.⁹ Demais disso, sequer se mostra evidente ou plausível, ao menos numa análise preambular, que uma proposta de alteração legislativa para prover o Banco Central dessas ferramentas (tais como multas, penalidades) seria constitucionalmente defensável. Sem embargo do exposto, o fato é que é desarrazoado criar uma regra legal que imponha ao Banco

⁹ Excerto do Voto do Relator (STF, ADI 449-2, Ministro Relator CARLOS VELLOSO, PLENÁRIO, sessão de 29 de agosto de 1996, publicado no DJ de 22 de novembro de 1996).

Central a responsabilidade de promover a efetividade do bloqueio de ativos financeiros, sem que haja instrumentos legais (ou sequer a viabilidade jurídica de criá-los) que assegurem a possibilidade de a Autarquia se desincumbir de sua nova atribuição.

29. Diante disso, demonstrada a inconstitucionalidade da regra contida no *caput* do art. 778 do anteprojeto de novo CPC – segundo a qual a decisão judicial de bloqueio deve ordenar à autoridade supervisora do sistema bancário que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado –, não pode ser outra a conclusão senão a de se recomendar a alteração do referido preceito, para elucidar que a responsabilidade pela efetivação das determinações judiciais de bloqueio de ativos financeiros é, exclusivamente, das instituições financeiras, por se constituírem nas depositárias dos ativos indisponibilizados.

30. Ainda sobre o *caput* do art. 778 do anteprojeto de novo CPC, ressalte-se que os exegetas não terão como descurar, mesmo ante a aparente trivialidade da matéria, da parte do dispositivo que preceitua a necessidade de a decisão de bloqueio ser devidamente fundamentada pelo juiz da execução. Nesse particular, poder-se-ia objetar, sem que coubessem maiores reparos, que se trata de comando legal de teor redundante, notadamente porque a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais já é garantida pela Constituição Federal (inciso IX do art. 93), não havendo razão para a lei repetir o que é inequívoco.

31. Destarte, mesmo ante a “denúncia” dos doutrinadores de que, na prática, os magistrados são negligentes quanto ao cumprimento da obrigação de fundamentar suas decisões de bloqueio, ainda assim não seria factível concluir, sob pena de se incorrer em patente absurdo exegético, que a ausência na lei processual de preceituação expressa acerca da existência dessa obrigatoriedade (fundamentação das decisões judiciais) seria motivo para justificar eventual inobservância desse dever pelos juízes. É lógico que se o alegado descumprimento da regra constitucional, de fato, existe, não seria a inclusão da mesma regra no texto da lei que faria os magistrados cumpri-la. Assim, como é de boa técnica legislativa que a lei não contenha expressões redundantes, só por isso já haveria razões mais do que suficientes para recomendar a exclusão, no *caput* do art. 778 do anteprojeto de novo CPC, dos termos “em decisão fundamentada”.

32. Todavia, mais grave do que essa simples redundância é a confusão que pode advir da imprecisa redação do multicitado *caput* do art. 778, quando cuidou de veicular essa desnecessária regra de direito (o dever de a decisão

judicial ser fundamentada). Deveras, em vez de o *caput* do art. 778 dizer que a **ordem de bloqueio** será remetida por meio eletrônico, o dispositivo em apreço deu a entender que a **decisão fundamentada**, esta sim é que deverá ser enviada ao executor da ordem (literalmente, o texto diz que “o juiz poderá, [...], em **decisão fundamentada**, transmitida preferencialmente por meio eletrônico, [...]”), não sendo descabido conjecturar, dados os interesses envolvidos na temática da penhora de ativos financeiros, que a construção redacional não tardará a concitar os doutrinadores, seja por desconhecimento ou para viabilizar a defesa dos clientes, a instaurar uma celeuma sobre esse específico aspecto, que poderá conduzir, numa situação limite, à imposição de sérios inconvenientes à operacionalização do Sistema Bacen Jud 2.0.

33. Não se deve olvidar, nesse passo, que o Sistema Bacen Jud 2.0, na configuração hoje disponível, viabiliza aos juízes que transmitam às instituições financeiras, tão-somente, **arquivos eletrônicos** de conteúdo limitado, por armazenarem apenas os dados imprescindíveis à consecução exclusiva de uma das seguintes tarefas: bloqueio¹⁰ e desbloqueio de ativos financeiros; transmissão de numerário indisponibilizado para outros bancos; e solicitação de informações previamente especificadas. Assim, é certo que, nos dias atuais, não se faz possível a remessa, via Bacen Jud 2.0, do inteiro teor das decisões judiciais para as instituições financeiras.

34. Se a inteligência do *caput* do art. 778 do anteprojeto de novo CPC conduzir ao entendimento de que, de fato, o objetivo do preceito é obrigar os juízes remeter aos executores da ordem, por meio eletrônico, o inteiro teor das determinações judiciais de bloqueio, inclusive a parte referente à fundamentação (e não apenas os dados imprescindíveis ao cumprimento da determinação judicial), chegar-se-á à conclusão de que, nesse novo contexto, o Sistema Bacen Jud 2.0, por suas atuais características operacionais, não se acha preparado para dar cabo a essa tarefa. Assim, a entrada em vigor dessa regra conduzirá o Banco Central a criar nova solução tecnológica para a sistemática proposta, desnecessariamente mais dispendiosa acaso se confirme sua viabilidade técnica.

10 No caso de ordens de bloqueio, por exemplo, os arquivos de remessa somente informam às instituições financeiras os dados a seguir relacionados: 1) tipo de registro; 2) protocolo; 3) número sequencial de bloqueio; 4) número de reiteração de bloqueio; 5) juiz solicitante; 6) data e hora do protocolamento; 7) CPF ou CNPJ do réu; 8) indicação de que é CPF ou de CNPJ; 9) indicador do número do processo; 10) código da vara ou juízo; 11) número da agência; 12) número da conta; 13) valor a ser bloqueado; 14) indicador de cancelamento ou reiteração; 15) nome do exequente; 16) tipo/natureza da ação; 17) indicador de IF em agrupamento; 18) indicador de conta única; e 19) *filler*.

35. Não bastasse o entrave operacional ora destacado, ter-se-ia que indagar, por outro prisma, se haveria alguma utilidade na positivação dessa nova obrigatoriedade (de o juiz remeter a decisão fundamentada, via Bacen Jud, às instituições financeiras). A resposta, ao que parece, desaconselha a adoção normativa dessa regra, pois, sendo o banco destinatário mero executor da ordem de bloqueio, fato que denota que a instituição financeira é terceira desinteressada em relação ao executado, a imposição dessa formalidade não teria qualquer efeito prático, pois não haveria interesse da instituição bancária de manejar recurso judicial contra a decisão prolatada. Assim, não se antevendo qualquer vantagem prática na criação da formalidade aventada, entendo que a medida jurídica mais adequada seria extirpar a expressão “em decisão fundamentada” do *caput* do art. 778.

36. Uma redação adequada para o *caput* do art. 778, diversamente do texto que ora se examina, deveria prestigiar as diretrizes operacionais que balizam o Sistema Bacen Jud 2.0. A partir dessa premissa, esclarece-se que um preceito normativo só atingirá esse fim se conseguir veicular os seguintes aspectos primaciais: em primeiro lugar, que as ordens judiciais de bloqueio e de penhora de ativos financeiros devem ser informadas às instituições financeiras por meio eletrônico; demais disso, que a responsabilidade para promover os atos de concretização das ordens judiciais é, exclusivamente, das instituições financeiras; e, por fim, que à autoridade supervisora do sistema financeiro compete, tão-somente, fornecer os meios materiais para a comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras.

III – Análise do § 1º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC

37. O § 1º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC foi redigido, como se passa a demonstrar, para criar regra que pudesse evitar a ocorrência do fenômeno chamado de “bloqueio múltiplo”, que é objeto das mais severas críticas da doutrina especializada, principalmente porque provoca a constrição de ativos financeiros em montante superior ao total da dívida executada.

38. A solução proposta pelo legislador, consagrada no referido preceptivo, baseia-se na imposição de obrigação ao magistrado de somente poder expedir a

ordem de bloqueio após pesquisa prévia sobre a existência de ativos financeiros em nome do executado, bem como dos respectivos montantes. A propósito do exposto, confira-se a estrita dicção do preceptivo ora em exame:

§ 1º A ordem de indisponibilidade prevista no *caput* será precedida de requisição judicial de informação sobre a existência de ativos financeiros em nome do executado, bem como sobre os respectivos valores, a qual será dirigida à autoridade supervisora do sistema bancário.

39. Registre-se, de plano, que a dicção dos §§ 1º e 2º do art. 778, quando confrontada com as regras fixadas no *caput* do precitado dispositivo, passa a reforçar a intelecção de que o legislador, ao explicitar que as ordens de bloqueio (indisponibilidade) e solicitação de informações devem ser dirigidas à autoridade supervisora do sistema bancário, pretende, realmente, promover uma reforma processual que retira o Banco Central da condição de mero intermediário no processo de comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, colocando-o na situação de responsável pela concretização das ordens determinadas pelos juízes (não que se esteja aqui dizendo, como, aliás, já foi discutido neste parecer, que essa modificação seja possível sob os pontos de vista jurídico e pragmático).

40. A proposta do § 1º do art. 778 merece ser repudiada pelo só fato de transferir ao Banco Central a responsabilidade pela execução das ordens judiciais. Cumpre acentuar, todavia, que há outros equívocos no preceptivo em exame que exigem imediata correção legislativa, como é o caso da imposição ao Juiz da execução do dever de realizar, como condição *sine qua non* à efetivação do bloqueio (indisponibilidade), o pedido prévio de solicitação de informações sobre a existência de ativos financeiros em nome do executado, bem como sobre os respectivos valores. A regra foi criada com o fito de resolver o problema do bloqueio em multiplicidade, sendo mais provável que provoque graves embaraços técnicos à operacionalização do Sistema Bacen Jud 2.0, sem que da medida venha resultar melhoria apreciável.

41. Deve-se notar, a esse respeito, que a condição presente na regra *suso* referida é imposta ao juiz para o só fim de que, tendo o magistrado (supostamente) a real ciência da situação patrimonial do executado, possa cumprir, com fidedignidade, a objeção fixada no *caput* do art. 778 – de que a indisponibilidade dos ativos financeiros seja limitada ao valor indicado na execução.

42. A regra em apreço, é bom que se diga, transita na contramão das últimas reformas legislativas relacionadas ao processo executivo, uma vez que as alterações mais recentes se voltam, substancialmente, a assegurar o resultado útil do procedimento expropriatório. Deve-se perceber que, segundo a sistemática vigente – utilização do sistema Bacen Jud 2.0 – a implantação da consulta prévia obrigatória retardaria o cumprimento da ordem de bloqueio em, no mínimo, 48 horas, além de não garantir que, no instante da efetivação da indisponibilização do dinheiro, existiria na conta o saldo informado no momento da pesquisa. Só esse dois aspectos seriam suficientes para desaconselhar a preceituação da obrigatoriedade ora examinada.

43. Na sistemática ora em vigor, os juízes, na maioria dos casos, e, no mais das vezes, abrem mão, de forma proposital, do uso do módulo de solicitação de informações, presente no Sistema Bacen Jud 2.0, e expedem ordens de bloqueio, sem identificação do banco destinatário,¹¹ passando a assumir o risco de, mediante esse procedimento, virem a realizar bloqueios múltiplos. A experiência prática fez ver aos magistrados que a medida se justifica, em muitos casos, pelas seguintes razões:

- 1) em primeiro lugar, porque a expedição de solicitação de informações, pelos juízes, retarda a efetivação da ordem de bloqueio, sobrelevando o risco de, em determinadas situações, o executado se antecipar e sacar o dinheiro que possui em depósitos bancários;
- 2) além disso, há também o risco de, mesmo com o uso do módulo de solicitação de informações, o resultado da pesquisa, em razão da exiguidade de dados apresentados, findar por não oferecer aos magistrados respostas consistentes e capazes de elucidar sobre que conta de depósito deve recair a ordem de bloqueio;
- 3) há situações, por outro lado, em que o devedor responde por diversas execuções, de molde que o juiz, no contexto da expedição da ordem de bloqueio, decide adotar medidas acauteladoras acerca de eventual saque de dinheiro pelo executado, razão por que prolata ordem dirigida a todas as instituições bancárias.

11 A esse respeito, urge elucidar, para melhor compreensão do tema, a seguinte funcionalidade do Sistema Bacen Jud 2.0: quando o magistrado não indica no sistema o banco no qual deve ocorrer o bloqueio, a ordem judicial finda por ser dirigida a todas as instituições financeiras onde o executado tem conta, podendo ocorrer, por consectário dessa metodologia, o chamado bloqueio múltiplo de contas.

44. Outro inconveniente da criação dessa obrigatoriedade é que, na hipótese de a regra vir a entrar em vigor, haverá a necessidade de se promover mudanças no Sistema Bacen Jud 2.0 para adequá-lo ao regime a ser criado pelo novo Código de Processo Civil.

45. A questão se mostra mais complexa, entretanto, pelo fato de os juízes criminais, que não se regem pela disciplina do Código de Processo Civil, também utilizarem o Sistema Bacen Jud 2.0 para informar as instituições financeiras sobre a expedição de ordens de bloqueios de ativos financeiros contra os réus, sendo certo que, nesse particular, a consulta prévia sequer fará sentido, pois o objetivo do juiz criminal, ao usar o *software* de comunicação, é penhorar a totalidade dos ativos financeiros dos acusados.

46. A entrada em vigor da regra de obrigatoriedade de consulta prévia, prevista no § 1º do anteprojeto de novo Código de Processo Civil, poderá provocar a necessidade de se alterar o Sistema Bacen Jud 2.0 de forma muito substancial, com o propósito de criar dois módulos de bloqueio com funcionalidades distintas: um para tratar das ordens de bloqueio prolatadas no âmbito de processos cíveis, tributários, trabalhistas e eleitorais e outro para indisponibilizar ativos financeiros de réus que respondem por processos criminais.

47. Na hipótese de alteração do Sistema Bacen Jud 2.0, haveria ainda o problema da obrigatoriedade de se praticar, em muitos casos, atos processuais desnecessários, com conseqüente perda de tempo e exacerbação do risco de frustração do bloqueio. Deveras, se o regime legal exigir a modificação do Sistema Bacen Jud 2.0 para incorporar a regra de obrigatoriedade preconizada no referido § 1º do art. 778 do anteprojeto em exame, haverá necessidade de cumprimento do protocolo estabelecido na programação do *software* de comunicação, mesmo que o juiz já possua informações confiáveis sobre a situação patrimonial do executado. Como se vê, a regra do § 1º do art. 778 burocratiza excessivamente o sistema, sem que desse extremado rigor advenha melhoria para o aperfeiçoamento da sistemática de penhora ou à efetivação de direito do credor.

48. Deve-se obter temperar, a propósito da discussão do problema da multiplicidade de bloqueios, que pesquisas realizadas na base de dados do Sistema Bacen Jud 2.0¹² revelam que a indisponibilização de ativos em valores excessivos, determinada por bloqueios de contas do executado em mais de uma

12 As informações foram obtidas com o Departamento da Tecnologia da Informação (Deinf), por meio da TI nº 201071863.

instituição financeira, é um fenômeno bem menos comum do que se costuma alardear na doutrina especializada e nas discussões forenses. Os dados coligidos nas tabelas apresentadas nos próximos parágrafos elucidam, com toda clareza, que a incidência do fenômeno do bloqueio múltiplo é bastante inexpressiva quando comparada com o montante de ordens de bloqueios expedidas sem identificação da instituição financeira destinatária.

49. A propósito do manejo cotidiano do *software* Bacen Jud 2.0, os dados a seguir apresentados demonstram que os juízes não se valem do módulo de pedido de informações do Sistema de comunicação com os bancos para subsidiar eventual decisão sobre a expedição de ordem de bloqueio de ativos financeiros. Tanto isso é verdade que praticamente todas as ordens de bloqueio são remetidas de forma indeterminada,¹³ com o magistrado assumindo o risco de que possa ocorrer o bloqueio múltiplo. Para se perceber a evidência dessa informação, basta examinar os percentuais da relação entre o total de ordens de bloqueio no Sistema Bacen Jud 2.0 e as que são remetidas sem identificação da instituição financeira depositária:

Ano	Ordens de bloqueio sem identificação do banco destinatário Total de ordens de bloqueio (%)
2005	98,20
2006	97,90
2007	98,40
2008	98,70
2009	58,23 ¹⁴

50. Por outro lado, a prática dos juízes de expedir ordens de bloqueio sem a identificação da instituição financeira destinatária não provoca, necessariamente, uma generalização de bloqueios em multiplicidade. Os dados apresentados pelo Sistema Bacen Jud 2.0 demonstram que somente em poucos casos a medida gera o fenômeno combatido pelo § 1º do art. 778. Para elucidar esse aspecto, registra-se na tabela abaixo o percentual de ordens de bloqueio sem indicação de destinatário que redundaram no bloqueio em multiplicidade:

13 Quando o magistrado faz opção por prolatar a ordem judicial de forma indiscriminada, sem indicar, especificamente, para qual conta bancária ou instituição financeira o bloqueio está direcionado, ele assume o risco de o bloqueio recair sobre contas indeterminadas espalhadas em diversas instituições financeiras, provocando o fenômeno do “bloqueio múltiplo”.

14 Segundo informações prestadas pela Mesa de Suporte do Sistema Bacen Jud 2.0, não há dados conclusivos sobre as causas da diminuição, nos anos de 2009 e de 2010, da relação entre bloqueio sem identificação da instituição financeira e o total de ordens de bloqueio. Os referidos servidores (Decic/Diadi/Suadi-04), arrimados na experiência que amalharam ao longo

Ano	Quantidade de Bloqueios Múltiplos
	Total de ordens de bloqueio (%)
2005	5,11
2006	5,97
2007	6,03
2008	6,39
2009	5,73

51. Em face dos dados apresentados, não se pode deixar de reconhecer a necessidade de se solucionar, no âmbito do Sistema Bacen Jud 2.0, o problema da causação indesejada de bloqueios múltiplos. O que não se mostra defensável, entretanto, é pressupor que a imposição da obrigatoriedade encartada no § 1º do art. 778 – realização de pesquisa prévia no sistema bancário – possa evitar a ocorrência de bloqueio em multiplicidade.

52. Deveras, dada a natureza cautelar do ato de bloqueio, não se pode defender a juridicidade de preceito, a exemplo do § 1º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC, que restringe o poder de o juiz decidir a estratégia que melhor viabiliza a indisponibilização (bloqueio), inclusive no que concerne ao montante a ser gravado, por ser essa a única ferramenta conferida ao magistrado para assegurar o resultado útil do processo. Pensar de forma diversa é admitir que a lei possa limitar, peremptoriamente, o exercício do poder geral de cautela, com evidente subtração das atribuições imanentes à função jurisdicional.

53. Ante o exposto, forçoso é concluir: tem-se por judicioso o preceito que limita o montante da penhora ao valor da execução, por se tratar de comando que prestigia o art. 620 do CPC. Deve-se repudiar, todavia, a subtração da “discricionariedade” do juiz de escolher a melhor forma de concretizar o bloqueio, inclusive no que se refere ao valor indisponibilizado, notadamente porque esse poder de decidir se mostra fundamental à efetividade da tutela executiva. Deveras, somente analisando as circunstâncias do caso concreto e considerando os riscos de saque dos ativos financeiros é que o juiz tem condições de aquilatar

dos anos, conjecturam, entretanto, que o declínio da mencionada relação não decorre da mudança do comportamento dos magistrados. Para os servidores, permanece a postura dos juizes de não fazer consulta prévia sobre contas e saldos às instituições financeiras. A mesa de suporte entende que, muito provavelmente, a queda do índice referido se deve a alterações promovidas no Sistema Bacen Jud 2.0, sendo de destacar, nesse particular, a criação das seguintes funcionalidades: integração com o cadastro CCS; criação da conta única para bloqueio; bloqueios contra instituições financeiras no código 15; e possibilidade de um único bloqueio por grupamento.

como resguardar os interesses do exequente, ficando para a fase da penhora, tal como estatuído no § 5º do art. 778, a análise do montante a ser segregado do patrimônio do executado.

54. De tudo que se disse, firma-se a conclusão de que o preceito veiculado no § 1º do art. 778 criará um procedimento de bloqueio excessivamente burocratizado, retardará a expedição da ordem de bloqueio, colocará em risco a efetividade do ato de indisponibilização, provocará a necessidade de se despendere dinheiro público para fazer alterações substanciais no Sistema Bacen Jud 2.0, sem que da medida advenha melhora substancial. À vista das consequências que ora se antevê, é entendimento deste parecerista que o dispositivo seja excluído do anteprojeto de novo CPC.

IV – Considerações sobre o § 2º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC

55. A regra do § 2º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC, abaixo transcrita, preconiza que o Banco Central, ao prestar informações ao juízo da execução, está proibido de determinar, por iniciativa própria, a indisponibilidade de bens do executado. Vale conferir a estrita dicção do preceptivo ora examinado:

§ 2º Na requisição a que se refere o § 1º, a autoridade supervisora do sistema bancário limitar-se-á a prestar as informações exigidas pelo juiz, sendo-lhe vedado determinar, por iniciativa própria, a indisponibilidade de bens do executado.

56. O cotejo do dispositivo acima colacionado com os ditames da legislação vigente, sem que se descure, nesse estudo, do atual *modus operandi* do Sistema Bacen Jud 2.0, faz concluir que o § 2º preconiza regras destituídas de sentido prático, cumprindo destacar, de modo especial, os aspectos a seguir explicitados:

- 1) em primeiro lugar, o Banco Central não tem como prestar informações sobre a existência de ativos financeiros em nome do executado, nem sobre os respectivos montantes, pois esses dados são de conhecimento exclusivo das instituições financeiras nas quais os executados possuem contas. No âmbito do Sistema Bacen Jud 2.0, a remessa de arquivos eletrônicos informando o saldo de contas de executados aos juízes

é feita, exclusivamente, pelas instituições financeiras, cabendo à autoridade supervisora do sistema financeiro viabilizar, tão-somente, que os dados cheguem em segurança ao destinatário. Por outro lado, nas hipóteses em que a consulta é feita por meio de ofícios em papel, o Banco Central, no máximo, pode, em certas situações peculiares, repassar aos magistrados as informações remetidas pelos bancos, sem que dessa medida se possa inferir que se trata de informação “prestada pela Autarquia”;

- 2) demais disso, não há meios materiais de o Banco Central determinar, por iniciativa própria, seja quando provocado por ofício em papel, seja por meio do Sistema Bacen Jud 2.0, o bloqueio de dinheiro em contas ou aplicações em instituições financeiras. No primeiro caso, o ofício é repassado, *ipsis literis*, ao destinatário da ordem. Por outro lado, na segunda hipótese, o Banco Central não tem acesso ao arquivo de solicitação de informações remetido pelo juiz à instituição financeira mediante o uso do Sistema Bacen Jud 2.0. A operacionalização da ordem ocorre entre o juízo da execução e o banco depositário.

57. Todavia, quando se parte da premissa de que o anteprojeto, em verdade, propõe transferir a responsabilidade pelas respostas do Bacen Jud 2.0 à autoridade supervisora do sistema financeiro – e isso tanto em relação às solicitações de informações, quanto no tocante à efetivação da ordem de bloqueio –, é que se passa a perceber que as intenções subjacentes ao preceptivo em exame estão voltadas, principalmente, a coibir eventual prática abusiva do Banco Central. Vista a questão sob esse ângulo, percebe-se que a regra do § 2º do art. 778 foi posta no novo sistema normativo para evitar que, no exercício das atribuições que foram conferidas a partir da vigência do anteprojeto, a Autarquia Federal, em vez de agir como executora de ordens judiciais, venha, em razão de suas novas responsabilidades, a tomar decisões que são da exclusiva alçada do Poder Judiciário.

58. Deve-se reconhecer, por conseguinte, que inexistem razões para se apoiar a edição da regra do § 2º do art. 778 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil, sobretudo porque as condutas regidas no dispositivo já são, dada a sistemática vigente, de improvável concretização. De todo modo, a expedição de regra legal proibindo o Banco Central de exercer função jurisdicional – determinar

ordens de bloqueio – também se mostra de todo descabida, porque se trata de vedação já prescrita no texto da Constituição Federal (inciso XIV do art. 92). Dito isso, não há outro caminho para este parecerista senão advertir essa CC2PG sobre a necessidade de exclusão do referido preceito do texto do anteprojeto.

V – Análise das disposições dos §§ 3º, 4º, 5º e 7º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC

59. O comando do § 5º do art. 778 do CPC determina que, após lavratura do termo de penhora, a instituição financeira depositária promova a imediata transferência para depósito judicial do dinheiro originalmente bloqueado. Em face do exposto, esclareça-se, de plano, que, nos dias atuais, seriam necessárias adaptações no Sistema Bacen Jud 2.0 para viabilizar a implementação dessa regra.

60. Antes, porém, de se discutir mais acuradamente o aspecto acima referido, mostra-se de todo necessário destacar que o preceito põe termo a estéril debate doutrinário acerca da existência ou não de distinções conceituais entre os atos de bloqueio (indisponibilização) e de penhora. Para melhor clareza, transcrevem-se, a seguir, os estritos termos do preceptivo legal:

§ 5º Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, e lavar-se-á o respectivo termo, devendo a instituição financeira respectiva transferir o montante penhorado de imediato para conta vinculada ao juízo da execução.

61. A propósito dessa discussão, o professor Humberto Theodoro Júnior, em seu Curso de Direito Processual Civil,¹⁵ afirmou que o bloqueio e a penhora são providências distintas, que ocorrem em momentos diversos, tal como se pode apreender do seguinte excerto:

Sem o bloqueio prévio, não se terá segurança para realizar a penhora depois da informação do Banco Central. Para que a constrição seja eficaz é indispensável, portanto, o imediato bloqueio da quantia necessária.

15 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. II. 43ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 303.

De posse da informação sobre o bloqueio, o escrivão providenciará a lavratura do termo de penhora, procedendo-se, em seguida, à intimação do executado, pelo oficial de justiça, na forma do art. 652, § 1º.

62. Na mesma linha de ideias, a advogada Ivanoy Moreno Freitas Couto, fazendo referência a ensinamentos de Carlos Henrique Bezerra Leite e Aurélio Aguiar Barreto,¹⁶ ponderou que são distintos os objetivos do bloqueio e da penhora. O bloqueio se trata de medida cautelar, tendente a indisponibilizar o ativo objeto da constrição, impedindo que o bem seja acessado pelo titular ou por terceiros. A penhora, por outro lado, é ato de constrição judicial que individualiza o ativo que será expropriado para pagamento, sendo a medida adotada com vistas a assegurar a conservação do bem escolhido, para que o ativo não venha a se deteriorar.

63. As lições acima relatadas inspiraram, sem sombra de dúvida, a atuação do legislador ordinário. Os comandos encartados no § 5º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC deixaram claro que bloqueio (indisponibilidade) e penhora ocorrem em momentos distintos. O bloqueio é medida cautelar, razão pela qual pode ser realizado sem oitiva do executado. A esse respeito, não foi sem razão que o § 7º do anteprojeto de novo CPC preceituou: “A indisponibilidade poderá ser deferida liminarmente se o exequente demonstrar que a citação¹⁷ do executado poderá tornar ineficaz a medida; caso em que o juiz poderá determinar a prestação de caução para assegurar o ressarcimento dos danos que o executado possa vir a sofrer”.

64. Concretizado o ato de indisponibilização de ativos financeiros (bloqueio), o § 3º do art. 778 determina que o devedor seja imediatamente intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente. Após regular intimação, o executado terá o prazo de cinco dias para produzir defesa acerca da impenhorabilidade do dinheiro ou demonstrar que há alternativas menos gravosas à expedição de eventual ordem de penhora (§ 4º do art. 778).¹⁸

16 COUTO, Ivanoy Moreno Freitas. *Penhora On Line: Princípios Limitadores à sua Aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35.

17 O texto do § 7º do art. 778 labora em equívoco ao fazer referência ao termo “citação”, pois não transparece crível que a regra do precitado parágrafo se refira, exclusivamente, às execuções por título extrajudicial. De todo modo, a prática forense demonstra que, na quase totalidade dos casos, é impensável promover a intimação do executado antes de realizado o bloqueio (indisponibilização), sob pena de tornar ineficaz a adoção da medida. À vista disso, parece que o real sentido dessa norma é advertir o Juiz de que, em função das peculiaridades dos casos concretos, haverá situações em que a exigência de caução mostrar-se-á necessária como condição para concessão da ordem de bloqueio.

18 § 4º Incumbe ao executado, no prazo de cinco dias: I – comprovar que as quantias depositadas em conta corrente são

65. Segundo as regras da proposta de reforma processual, a decisão sobre a realização da penhora de ativos financeiros somente poderá ser prolatada após o transcurso do prazo de 5 (cinco) dias de que trata o § 3º do art. 778. A redação do parágrafo diz, expressamente, que “rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, e lavrar-se-á o respectivo termo”.

66. Diante desse quadro normativo, dois aspectos procedimentais despontam claro: o juiz terá que decidir, formalmente, se converterá ou não o bloqueio em penhora; e, demais disso, na hipótese de o magistrado decidir pela conversão, terá que, necessariamente, determinar a lavratura do termo de penhora, após o qual deverá comunicar a prática do ato à instituição financeira depositária para que esta possa transferir, imediatamente, o montante penhorado para conta vinculada ao juízo da execução. Essa última providência, bem se vê, é para viabilizar uma das finalidades da penhora: assegurar a conservação do bem gravado, para que o ativo não venha a se deteriorar (trata-se de garantia contra os efeitos deletérios da inflação).

67. As regras dos §§ 3º, 4º e 5º padronizam o rito procedimental de atuação do magistrado na sistemática de penhora de ativos financeiros, com a vantagem adicional de afastar a despropositada alegação dos advogados de que haveria ilegalidade na práxis judicial de não se intimar o executado antes da concretização da ordem de bloqueio.

68. Os pontos positivos aqui ressaltados não podem encobrir, todavia, os problemas práticos que advirão caso os preceitos veiculados nos cogitados preceptivos venham a ser aprovados. Passe-se, então, a relatá-los:

- 1) primeiramente, registre-se que o Sistema Bacen Jud 2.0 não está adaptado às regras acima propostas. Não há funcionalidade, no atual Sistema, que permita ao juiz da execução prolatar ou inserir o auto de penhora no âmbito do *software* de comunicação, sendo certo, por conseguinte, que a remessa dessa informação às instituições financeiras não se dará de forma automática.¹⁹ Pode-se asseverar, portanto, que a rapidez buscada na norma não tem como ser garantida no Sistema

impenhoráveis; II – indicar bens à penhora, alternativamente aos ativos financeiros tornados indisponíveis, demonstrando que a penhora dos bens indicados não trará prejuízo ao exequente e lhe será menos onerosa.

¹⁹ Usa-se a expressão “automática” para elucidar que a providência se concretiza (remessa para os bancos da ordem judicial de transferência de ativos financeiros para depósito judicial) sem a necessidade de intervenção humana.

vigente, uma vez que a transferência do dinheiro bloqueado para uma conta de depósito judicial dependerá, necessariamente, da realização de um ato humano: um comando, via Bacen Jud, praticado pelo magistrado. Assim, após a lavratura do auto de penhora,²⁰ o banco depositário somente terá condições de ser célere na transferência dos ativos financeiros se o juiz da execução for igualmente rápido na expedição, via Bacen Jud, da ordem de transferência. Não se olvide, ademais, que ocorrerão situações em que o juiz do feito, após a lavratura do termo de penhora, decidirá informar as instituições financeiras mediante a remessa de ofício em papel. Nesses casos, a rapidez da instituição financeira também será comprometida, em razão da demora da chegada no banco da informação;

- 2) demais disso, mesmo na hipótese de haver rapidez na expedição da ordem de transferência (penhora), ainda assim existirão situações em que as instituições financeiras não terão como promover o depósito judicial de forma imediata, notadamente porque cada ativo financeiro tem prazos de resgate peculiares,²¹ de tal modo que se mostrará imperioso respeitar o termo *ad quem* de resgate de cada tipo específico de investimento ou de ativo financeiro.²²

69. De modo geral, as regras procedimentais dos §§ 3º, 4º, 5º e 7º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC aperfeiçoam o regime de penhora de ativos financeiros vigente, sobretudo na parte que explicitam as formalidades e os ritos que são próprios do bloqueio e da penhora. Deve-se repudiar, entretanto, o estabelecimento, nos mencionados preceptivos, de obrigações temporais que, nos dias hodiernos, são de impossível implementação no âmbito do Sistema Bacen Jud 2.0. De se notar, a propósito, que não se afigura tarefa do código processual, por seu caráter geral, cuidar de preconizar regras tão detalhadas, a ponto de fixar as horas e os instantes nos quais os atos meramente operacionais devem ser cumpridos.

70. A sistemática criada pelos §§ 3º, 4º, 5º e 7º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC, na parte que explicita as distinções entre bloqueio e penhora, bem como as consequências advindas dessa diferença, contribui, indubitavelmente,

20 Recorde-se, a propósito, que a lavratura do auto de penhora se dá dentro dos autos do processo, achando-se apartado, por conseguinte, do ambiente do Sistema Bacen Jud 2.0.

21 O prazo de resgate é o lapso temporal necessário a que o ativo financeiro possa se tornar líquido.

22 Há notícia do Decic de que no caso de certas aplicações financeiras o resgate do dinheiro pode demorar mais de um mês.

para a evolução do regime de penhora de ativos financeiros, motivo pelo qual merece o aplauso deste parecerista. De todo modo, entendo que os parágrafos ora estudados deveriam apresentar apenas as regras gerais, ficando a quantificação dos lapsos temporais, a serem observados pelos juízes e pelas instituições financeiras, nas disposições do normativo que regulamenta a operacionalização do *software* de comunicação a ser utilizado.

VI – Análise das disposições dos §§ 6º e 8º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC

71. Os §§ 6º e 8º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC prevê (sic) regras para disciplinar o cancelamento de indisponibilidades de ativos financeiros, estatuinto limites temporais para cumprimento das ordens de desbloqueio (parcial ou total). Vale examinar os termos em que os dispositivos foram vazados:

§ 6º Realizado o pagamento da dívida, a indisponibilidade será **imediatamente** cancelada.

[...]

§ 8º Salvo decisão judicial que estabeleça menor prazo, o cancelamento da indisponibilidade excessiva **deverá ser realizado em, no máximo, vinte e quatro horas da emissão da ordem pelo juiz.**

72. Acerca desses preceitos, reitera-se as mesmas observações feitas no tópico precedente: o Código de Processo Civil, por ser norma de caráter geral, não se constitui no normativo apropriado para o estabelecimento dessa espécie de regra temporal, notadamente porque a observância desses prazos está vinculada a fatores que independem da vontade dos envolvidos, tais como: estágio de desenvolvimento do sistema de comunicação e entraves tecnológicos. Feito esse registro, firma-se o entendimento de que essa espécie de disposição deve ser inserida no regulamento que disciplina a operação do *software* utilizado para comunicação das ordens de bloqueio e penhora, até porque posterior evolução no Sistema não evitará questionamentos sobre necessidade de reforma legislativa.

VII – Considerações sobre as disposições do § 9º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC

73. A regra estabelecida no § 9º do art. 778 do anteprojeto de novo CPC diz o óbvio: afirma que as instituições financeiras podem ser responsabilizadas por danos causados ao executado na hipótese de descumprimento de ordem judicial. Confira-se:

§ 9º A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento imediato da indisponibilidade, quando assim o determinar o juiz.

74. Não se faz necessário promover exaustiva argumentação para justificar os motivos pelos quais se recomenda a exclusão desse parágrafo do texto anteprojeto. Diga-se, apenas, que não há por que despender maiores esforços a fim de dar publicidade a uma regra que repousa nas entranhas do Estado Democrático de Direito e que há muito foi impressa no ideário da sociedade brasileira.²³

VIII – Considerações sobre as disposições do § 10 do art. 778 do anteprojeto de novo CPC

75. O § 10 do art. 778 do anteprojeto de novo CPC cria um limite subjetivo à atuação do magistrado, por ocasião da prolação de decisões relativas à penhora de ativos financeiros, nas hipóteses de processos de execução movidos contra partidos políticos. Em suma, o parágrafo foi proposto para impedir o juiz do feito de redirecionar a execução para pessoa diversa do partido político. Assim, o juiz está proibido de bloquear ativos financeiros do Presidente, Vice-Presidente, Secretário Executivo, diretores, tesoureiros, políticos ou qualquer outra pessoa ligada à agremiação política, sempre que o título (judicial ou extrajudicial) estabelecer que o responsável pelo débito é o partido político. Nesse sentido, examine-se o inteiro teor do dispositivo referido:

²³ A ninguém é dado imaginar que possa alguém descumprir uma ordem judicial sem que desse ato não advenha consequências. Por evidente, se do descumprimento da ordem resultar prejuízo a terceiro não há como se ter dúvida de que ao prejudicado é garantido o direito a reparação.

§ 10. Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o *caput* deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei.

76. De plano, esclareça-se que a regra reproduz, com grande similitude, o preceito encartado no § 4º do art. 655-A do CPC,²⁴ incluído pela Lei nº 11.694, de 12 de junho de 2008. Por se tratar de proibição que se dirige, exclusivamente, à conduta do magistrado, forçoso é concluir que não impactará a operacionalidade do Sistema Bacen Jud 2.0, motivo pelo qual descabem maiores considerações acerca desse dispositivo.

CONCLUSÃO

77. A Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 30 de setembro de 2009, destinada a elaborar o anteprojeto de novo Código de Processo Civil, propôs a criação de um regime legal de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, nos termos do *caput* e §§ 1º a 10 do art. 778, alinhado com as diretrizes de propiciar à sociedade brasileira um conjunto de regras processuais que privilegiasse “a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal”.²⁵

78. O projeto normativo foi apresentado para resolver problemas existentes no regime de constrição de ativos financeiros ora vigente, cumprindo destacar, somente para citar alguns exemplos: a ocorrência de excesso de penhora; a

24 Vale conferir o texto do § 4º do art. 655-A do CPC: Art. 655-A *Omissis* [...] § 4º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o *caput* deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão-somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa a violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, de acordo com o disposto no art. 15-A da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

25 Conforme explicitado pelo Ilustre Presidente do Senado Federal, o Senhor José Sarney, no texto de apresentação do Anteprojeto – *Um novo código do processo civil*.

demora na operação de desbloqueio; a ausência de determinações judiciais transferindo os ativos bloqueados para depósitos judiciais; e a existência de procedimentos não formalizados.

79. O estudo detalhado dos preceitos encartados no *caput* e nos §§ 1º a 10 do art. 778 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil evidencia que o regime de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira previsto nessas regras não cumprirá o desiderato acima referido. Ao contrário, poderá causar problemas operacionais bastante graves para o Sistema Bacen Jud 2.0, além de outros entraves legais e hermenêuticos que exacerbarão a litigiosidade sobre sistemática de penhora eletrônica de ativos financeiros.

80. O principal equívoco do regime de penhora de ativos financeiros criado pelo *caput* e §§ 1º a 10 do art. 778 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil é querer transformar o Bacen Jud 2.0 de um *software* de comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, como ocorre nos dias atuais, para um *software* de efetivação de bloqueios e penhoras, ficando então sob a responsabilidade do Banco Central, a partir dessa nova configuração, a tarefa de promover a concretização das ordens judiciais.

81. O anteprojeto não atentou, entretanto, que, subjacente a essa empreitada, há sérios óbices legais, tecnológicos e financeiros prontos a inviabilizar, na prática, a efetivação dos comandos previstos para disciplinar a matéria. Trata-se, portanto, de uma proposta de regime de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira forjada a partir de um erro conceitual, motivo pelo qual se torna impossível propor soluções normativas mediante intervenções meramente episódicas.

82. Assim, a conclusão é no sentido de reconhecer a legitimidade de se buscar o aperfeiçoamento do regime de penhora de ativos financeiros ora existente, ante a premente necessidade de se corrigir os problemas atacados pelo anteprojeto de novo Código de Processo Civil. As diretrizes equivocadas do anteprojeto, a seu turno, inviabilizam o aproveitamento dos preceitos do *caput* e dos §§ 1º a 10 do art. 778, tal como postos, motivo pelo qual se passa a defender, neste parecer, a construção de um novo regime de penhora de ativos financeiros, a partir de paradigmas diversos do ora examinado.

83. O desafio é criar um texto substitutivo que, a partir de novas soluções jurídicas e tecnológicas, estabeleça um regime de penhora a um só tempo factível, eficiente e consentâneo com o princípio constitucional do devido

processo legal. Com apoio nessas premissas, é que submeto à consideração de Vossa Senhoria, na forma da minuta anexa, a seguinte proposta de alteração da redação original do art. 778, *caput* e §§, do anteprojeto de novo CPC, por entender que o modelo ora apresentado soluciona com vantagem vários problemas suscitados no texto deste parecer.

Jader Amaral Brilhante

Procurador-Chefe

Ciente dos termos do bem lançado estudo sobre a proposta veiculada no anteprojeto de novo Código de Processo Civil no que se refere à comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e as entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional, por intermédio de *software* disponibilizado pela autoridade supervisora do Sistema Financeiro Nacional. À Senhora Procuradora-Geral, interina, com a sugestão de que encaminhe este parecer, bem como a proposta de alteração normativa que o acompanha, ao grupo de trabalho instituído no âmbito da Advocacia-Geral da União e ao Senhor Relator-Geral do anteprojeto no Congresso Nacional, Senador Valter Pereira.

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral

Aprovo, nos termos do despacho do Subprocurador-Geral titular da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal, a judiciosa manifestação legal da lavra do procurador Jader Amaral Brilhante, que bem aprecia as disposições do anteprojeto de Código de Processo Civil relacionadas ao regime legal de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, propondo solução jurídica adequada ao interesse do Banco Central.

2. À Assessoria do Gabinete, para encaminhamento da anexa proposta de redação do art. 778 do anteprojeto, cujos termos adoto, ao conhecimento do coordenador do grupo de trabalho instituído no âmbito da Advocacia-Geral da

União para acompanhamento da reforma do Código de Processo Civil, mediante expedição de ofício e anotação em sistema eletrônico criado para essa finalidade.

Em seguida, remeta-se o processo ao Secretário Executivo, para conhecimento da opinião legal firmada, recomendando-se o trânsito pela Assessoria Parlamentar, com vistas ao encaminhamento de ofício ao relator-geral do PLS nº 166, de 2010, no Congresso Nacional, com cópia do presente parecer e da proposta de alteração do art. 778 do anteprojeto de Código de Processo Civil, solicitando audiência para esclarecimento da posição do Banco Central a respeito do assunto, com oportuno retorno dos autos a esta Procuradoria-Geral.

Marusa Vasconcelos Freire
Procuradora-Geral, interina

PROPOSTA DE ALTERAÇÃO (ART. 778 E §§ 1º A 10 DO ANTEPROJETO DE NOVO CPC)

Subseção V

Da penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira

Art. 778. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a penhora ao valor indicado na execução.

§ 1º Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente.

§ 2º Incumbe ao executado, no prazo de cinco dias:

I – comprovar que as quantias depositadas em conta corrente são impenhoráveis;

II – indicar bens à penhora, alternativamente aos ativos financeiros tornados indisponíveis, demonstrando que a penhora dos bens indicados não trará prejuízo ao exequente e lhe será menos onerosa.

§ 3º Realizado o pagamento da dívida, o juiz determinará à instituição financeira que cancele a indisponibilidade.

§ 4º Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, e lavrar-se-á o respectivo termo, devendo o

juiz da execução determinar à instituição financeira depositária que transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução.

§ 5º A instituição financeira responsável pela remessa dos ativos para depósito judicial deverá efetivar a medida com celeridade, observando os prazos de liquidação, resgate e transferência próprios do depósito ou da aplicação financeira postos em indisponibilidade.

§ 6º As transmissões das ordens de indisponibilidade, de cancelamento de indisponibilidade e de determinação de penhora, previstas no *caput* e nos §§ 3º e 4º deste artigo, bem como as requisições de informações às instituições financeiras sobre a existência de ativos em nome do executado, far-se-ão por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional.

§ 7º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema bancário, informações sobre a existência de ativos tão-somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei.

JUSTIFICATIVAS

A proposta original de redação do *caput* e dos §§ 1º a 10 do art. 778 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil foi apresentada à sociedade como solução para problemas identificados no regime de constrição de ativos financeiros então vigente, cumprindo destacar, somente para citar alguns exemplos: a ocorrência de excesso de penhora; a demora na operação de desbloqueio; a ausência de determinações judiciais transferindo os ativos bloqueados para depósitos judiciais; e a existência de procedimentos não formalizados.

2. O estudo dos preceitos encartados na redação original do *caput* e dos §§ 1º a 10 do art. 778 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil evidencia que o regime de penhora preconizado nas regras precitadas não apenas se mostra incapaz de realizar o desiderato para o qual foi idealizado, com também impõe severos obstáculos operacionais à sistemática de comunicação eletrônica de ordens judiciais ora vigente.

3. O principal equívoco do regime de penhora de ativos financeiros criado pelo *caput* e §§ 1º a 10 do art. 778 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil é transformar a autoridade supervisora do sistema financeiro na entidade responsável pela efetivação das ordens judiciais de indisponibilidade, de cancelamento de indisponibilidade, de penhora de ativos financeiros e de requisição de informações de clientes bancários, fato que representaria substancial modificação da sistemática ora vigente, uma vez que o Banco Central atua, hodiernamente, tão-somente, como gestor técnico-operacional do *software* de comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras.

4. A redação original do anteprojeto não atentou para o fato de que, subjacente a esse empreendimento – de transformar a autoridade supervisora do sistema financeiro na entidade responsável pela efetivação das ordens judiciais relativas à penhora de ativos financeiros –, despontam severos obstáculos constitucionais e legais, tecnológicos e financeiros que, em conjunto, não apenas inviabilizam a implementação do novo regime de penhora de ativos financeiros, mas também impede a operacionalização da sistemática ora existente.

5. Como as regras originais do *caput* e §§ 1º a 10 do art. 778 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil não se mostram capaz de solucionar os problemas para as quais foram criadas, apresenta-se a presente proposta de texto substitutivo que, a par de prestigiar soluções normativas preconizadas na redação primitiva do dispositivo, veicula inovações técnicas e conceituais de implementação prática factível.

6. Urge esclarecer, a propósito, os pressupostos que orientaram à elaboração das regras encartadas no novo texto ora proposto:

- a) em primeiro lugar, registre-se que o regime ora preconizado estabelece que as ordens judiciais de indisponibilidade e de penhora de ativos financeiros devem ser informadas às instituições financeiras, prioritariamente, por meio eletrônico;
- b) a responsabilidade para promover os atos de concretização das ordens judiciais é, exclusivamente, das instituições financeiras;
- c) a proposta estabelece que à autoridade supervisora do sistema financeiro compete, tão-somente, o fornecimento da ferramenta eletrônica para a comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, bem como a gestão do *software* mencionado;

- d) a imposição prevista no § 1º da redação original – de que o juiz da execução deve realizar, como condição *sine qua non* à efetivação da indisponibilidade, o pedido prévio de solicitação de informações sobre a existência de ativos financeiros em nome do executado, bem como sobre os respectivos valores – foi excluída do regime ora proposto, em razão dos seguintes inconvenientes jurídicos e operacionais: criação de procedimento de penhora excessivamente burocratizado; retardamento na expedição da ordem de indisponibilidade, o que põe em risco a efetividade da ordem judicial; necessidade de alterações substanciais na sistemática vigente, sobretudo em função da necessidade de novas adaptação para que o regime contemple as peculiaridades da indisponibilidade de ativos financeiros em ações criminais;
- e) a regra original do § 2º foi também excluída neste texto substitutivo, em razão da mudança de paradigma apresentada nesta exposição de motivos. Deveras, como a entidade supervisora do sistema financeiro ostenta, neste projeto, a qualidade de mero gestor do sistema de comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, perde o sentido a preconização de regra que proíbe que o Banco Central de, por iniciativa própria, determinar a indisponibilidade de ativos financeiros;
- f) em consonância com o projeto original, o juiz terá que decidir, formalmente, se converterá ou não o bloqueio em penhora; e, demais disso, na hipótese de o magistrado decidir pela conversão, terá que, necessariamente, determinar a lavratura do termo de penhora, após o qual deverá comunicar a prática do ato à instituição financeira depositária para que esta possa transferir, imediatamente, o montante penhorado para conta vinculada ao juízo da execução. Essa última providência, bem se vê, é para viabilizar uma das finalidades da penhora: assegurar a conservação do bem gravado, para que o ativo não venha a se deteriorar (trata-se de garantia contra os efeitos deletérios da inflação);
- g) retirou-se do texto do normativo todos os marcos temporais que dependem, para viabilidade de concretização, do estágio de desenvolvimento tecnológico do *software* de comunicação a ser utilizado. O Código de Processo Civil, por ser norma de caráter geral, não se constitui no normativo apropriado para o estabelecimento

dessa espécie de regra temporal, notadamente porque a observância desses prazos está vinculada a fatores que independem da vontade dos envolvidos, tais como: estágio de desenvolvimento do sistema de comunicação e entraves tecnológicos. Feito esse registro, firma-se o entendimento de que essa espécie de disposição deveria ser inserida no regulamento que disciplina a operação do *software* utilizado para comunicação das ordens de bloqueio e penhora, até porque posterior evolução no Sistema não provocará questionamentos sobre necessidade de reforma legislativa;

- h) a regra do § 9º da redação original foi excluída deste projeto substitutivo, por se mostrar flagrantemente redundante. Demais disso, não se mostra adequado incluir esse comando no art. 778 do anteprojeto de novo CPC, que trata do regime legal de penhora de ativos financeiros, quando é certo que o preceito disciplina, basicamente, a responsabilidade civil por atos ilegais das instituições financeiras, matéria, é bem de ver, já regulada nas regras do Código Civil;
- i) a redação original do § 10 do art. 778 do anteprojeto de novo CPC cria um limite subjetivo à atuação do magistrado, por ocasião da prolação de decisões relativas à penhora de ativos financeiros, nas hipóteses de processos de execução movidos contra partidos políticos. Trata-se de proibição que se dirige, exclusivamente, à conduta do magistrado, sem maior impacto sobre a operacionalidade do Sistema de comunicação eletrônica, motivo pelo qual foi reproduzida na proposta de modificação ora apresentada, com as adaptações necessárias à conformação nos novos paradigmas normativos.

7. Feitas as precedentes explicações e promovidos os ajustes necessários à adoção dos novos pressupostos ora considerados, é que se propõe nova redação ao art. 778, caput e §§, ante a pressuposição de se tratar da melhor solução normativa para os problemas aqui suscitados.

(Parecer PGBC-174/2010)

Parecer PGBC-264/2010

Mandado de segurança impetrado contra o coordenador da Gerência Técnica do Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf) do Banco Central do Brasil. Alegado ato coator: indeferimento do pedido de constituição de pessoa jurídica para operar em mercado de câmbio. Legalidade do ato.

Fabiana Perillo de Farias

Procuradora

Flávio José Roman

Coordenador-Geral

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral

Parecer PGBC-264/2010
Proc. 1001488310

Brasília, 1º de setembro de 2010.

Ementa: 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança nº 2010.51.01.011755-9. Impetrantes: Ultramar Viagens, Turismo e Câmbio S.A. e outros. Impetrado: Coordenador da Gerência Técnica do Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf) do Banco Central do Brasil. Alegado ato coator: indeferimento do pedido de constituição de pessoa jurídica para operar em mercado de câmbio. Incompetência territorial. Autoridade sediada em Brasília/DF. Remessa dos autos à Seção Judiciária do Distrito Federal. Legalidade do ato apontado como coator. Informações.

Senhor Coordenador-Geral,

ASSUNTO

Cuida-se do mandado de segurança nº 2010.51.01.011755-9, com pedido liminar, impetrado por José Eduardo Costa Vieira Pinto e outros em face do indeferimento do pedido de constituição de pessoa jurídica para operar no mercado de câmbio. Alegam, em síntese, que, “ao contrário do que pretende o Bacen, [...] inquéritos policiais e ações penais em curso **jamais** poderão ser consideradas condições negativas do investigado/acusado, porque titular do direito fundamental à presunção de inocência, com respaldo no princípio constitucional da não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88)” (fl. 3).

2. Por decisão de fl. 416, a Juíza Federal Substituta da 12ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro determinou aos impetrantes a emenda da inicial, “de forma a indicar a autoridade coatora e o endereço para notificação, no prazo de 10 dias, sob pena de extinção”. Em resposta, os impetrantes informaram que

“a autoridade coatora é o Banco Central do Brasil, com endereço na Avenida Presidente Vargas, nº 730, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20071-900” (fl. 418).

3. Não obstante a advertência de extinção do processo, a Juíza Federal concedeu novo prazo para indicação da autoridade tida como coatora (fl. 419). Em petição de fl. 423, os impetrantes indicaram Luciano Balinski, Coordenador da Gerência Técnica do Departamento de Organização do Sistema Financeiro Nacional (Deorf) do Banco Central do Brasil.

4. Posteriormente, foi indeferido o pedido liminar de manutenção da autorização para operar no mercado de câmbio até a constituição de Ultramar Corretora de Câmbio S.A. Eis os fundamentos dessa acertada decisão (fls. 2/4):

[...]

Três integrantes da pessoa jurídica, *sub examen*, estão sendo processados criminalmente por fatos típicos intimamente vinculados com as atividades comerciais que pretendem autorização do BCB para exercer. Outrossim, através de leitura dos autos, percebe-se que os pretensos administradores da empresa estão incurso nos crimes de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, crimes contra o sistema financeiro nacional e formação de quadrilha. A denúncia do Parquet foi recebida pelo Juízo da 5ª Vara Criminal Federal/RJ, em maio de 2009.

Após todas essas informações obtidas oficialmente, o Banco Central do Brasil correta e legalmente, ante sua competência, indeferiu pedido de constituição da Ultramar Corretora de Câmbio S/A, com fulcro imediato na ausência de reputação ilibada dos interessados.

É cediço, na jurisprudência e festejada doutrina pátrias, que o conceito de reputação ilibada é amplo e indeterminado, permitindo uma correlata avaliação discricionária da Administração Pública, cujo teor não deve o Judiciário refutar, ante a observância da legalidade, *in casu*. Embora as ações penais ainda não tenham sido definitivamente julgadas com a suposta condenação dos acusados, tal fato é, no mínimo, desabonador de conduta e potencialmente apto a atingir a reputação e credibilidade de quem quer atuar no mercado financeiro.

[...] A persecução penal enseja, no mínimo, uma repercussão negativa grave sobre a pessoa envolvida.

Ademais disso, é o princípio da confiança vigente no sistema financeiro que deve ser sempre observado perante a reputação ilibada. Merece, contudo, reiteração o entendimento da autarquia, quando menciona que certas acusações penais corroem a relação de confiança. Ratifica-se, aqui,

in totum, o citado Parecer PGBC- 300/2009 transcrito na Nota Jurídica PGBC-3264/2010, de 31.05.2010, que passa a fazer parte integrante desta. Ocorre que a natureza da acusação imposta aos interessados a administradores e controlador prejudica diretamente a imagem dos mesmos diante das atividades que pretendem exercer no mercado.

[...] Há razoabilidade, proporcionalidade, adequação e necessidade no indeferimento atacado.

Há princípios e valores fundamentais insculpidos na Constituição Federal que merecem ser axiologicamente sopesados entre si. Logo, mesmo não havendo sentença condenatória transitada em julgado e consagrando-se, destarte, o princípio da presunção de inocência, o que se faz relevante e prevalente, na causa trazida à colação, é um conceito mais amplo e genérico, cuja natureza indeterminada não pode ser atingida por presunções.

A conduta idônea e ilibada é anterior e deve ser previamente avaliada antes mesmo da suposta inocência incerta. A reputação é algo maior que se atinge com a violação da credibilidade vista à luz de terceiros e de forma discricionária. Em outras palavras, não se pode vincular a idoneidade com a presunção de inocência, ainda mais quando a relação de confiança resta seriamente abalada. Sem a crença inabalável não pode haver segurança nas relações jurídicas, necessárias a qualquer atividade, ainda mais a do mercado financeiro nacional.

[...]

Assim, não há quebra do princípio de presunção de inocência na formação do juízo administrativo em face do envolvimento dos impetrados em crimes de natureza estritamente vinculada às atividades por eles realizadas. Entretanto, a prática de ato desabonador da conduta irrepreensível, que se exige para o exercício de atividade financeira no país, é causa suficiente para o indeferimento impugnado. A idoneidade moral é atributo que se exige na defesa e do interesse do Poder Público e da sociedade. De outro lado, informações como as existentes em face dos impetrantes, por si só, têm o condão de afastar a pretensão, *sub oculi*.

Não há que se confundir presunção de inocência com requisitos de boa conduta, no caso vertente. Não se confundem, também, primariedade e bons antecedentes no âmbito do Direito Penal, com conduta social. A discricionariedade da Administração Pública na análise da conduta social e profissional não pode implicar em arbitrariedade, devendo ser sempre fundamentada, como o foi integralmente cumprido pelo BCB, ao aferir os fatos que conduziram a juízo de inidoneidade, pois considerou a gravidade dos fatos e sua contumácia e, mormente, a relação dos mesmos com a pretensa constituição da S/A.

Ex positis, INDEFIRO a liminar, pelo fundamentos *supra*.

P. I. Notifique-se a autoridade impetrada. (sem destaque no original).

5. Dessa decisão, os impetrantes interpuseram o agravo de instrumento nº 2010.02.01.009780-7 com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, o qual fora indeferido pelo Juiz Federal Convocado Eugênio Rosa de Araújo, sob o fundamento de que “não se aplica, em sua inteireza, no caso, a presunção de inocência, posto que o bem jurídico tutelado, não é o da liberdade pessoal, mas a higidez do mercado cambial”.

6. Posteriormente, expediu-se notificação, por via postal, ao “Diretor do Departamento de Organização do Sistema Financeiro Nacional” (fls. 446/449), para prestar informações. Ocorre que, na estrutura organizacional desta autarquia, não existe tal autoridade, razão pela qual a referida notificação foi recebida pelo Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro, na sede do Banco Central, em Brasília-DF.

7. Aliás, o ato impugnado (indeferimento do pedido de constituição de pessoa jurídica para operar em mercado de câmbio) foi praticado pelo referido Diretor, que detém competência regimental para tanto, conforme o disposto no art. 19, I, g, do Regimento Interno do Banco Central.¹ É o que se verifica, inclusive, da comunicação de fl. 405, *verbis*:

[...] comunicamos que este Banco Central, **por despacho do Senhor Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro, de 22 de junho de 2010**, indeferiu o pedido de constituição de Ultramar Corretora de Câmbio S.A. [...]. (sem destaque no original).

8. Por oportuno, segue, anexa a este parecer, cópia do despacho acima mencionado (doc. um).

1 O Regimento Interno do Banco Central foi divulgado pela Portaria nº 29.971, de 4 de março de 2005, com as alterações veiculadas pelas Portarias nº 31.175, de 28/6/2005, nº 35.613, de 27/7/2006 e nº 43.003, de 31/8/2008. Todos os normativos podem ser consultados no sítio eletrônico do Banco Central.

APRECIACÃO

I – Incompetência da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

9. É certo que a competência para processar e julgar mandado de segurança “é fixada em razão da qualificação da autoridade apontada como coatora e de sua sede funcional” (REsp 1101738/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 6/4/2009). No caso, a autoridade a que se atribui a prática do ato impugnado (Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro) tem sede funcional em Brasília-DF (Lei nº 4.595/64, art. 8º c/c Regimento Interno do Banco Central, art. 1º). Logo, é imperioso reconhecer a incompetência do Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e, em razão disso, determinar a remessa dos autos à Seção Judiciária do Distrito Federal.

II – Legalidade do ato que indeferiu o pedido de constituição da Ultramar Corretora de Câmbio S.A.

10. Além de razoável e proporcional, foi legítimo e necessário o ato de indeferimento, na esfera administrativa, do pedido de autorização para constituição de sociedade corretora de câmbio formulado pelos impetrantes. Eis os consistentes fundamentos do indeferimento (fls. 398/402):

7. No âmbito legal, os incisos X e XI do artigo 10 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, dispõem que compete ao Banco Central do Brasil conceder autorização para funcionamento de instituição financeira, bem como estabelecer condições para a posse e o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, segundo as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

8. Na esfera infralegal, o inciso VI do art. 5º do Regulamento anexo à Resolução nº 3.040, de 28 de novembro de 2002, exige a inexistência de restrições que possam, a juízo deste Banco Central, afetar a reputação daqueles que pretendem figurar como controladores de instituição fiscalizada por esta Autarquia.

9. Ainda no plano regulamentar, o inciso I do artigo 2º da Resolução nº 3.041, de 28 de novembro de 2002, estabelece que a reputação ilibada é condição básica para a posse e o exercício de cargos em órgãos estatutários de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central.

10. No Parecer PGBC-143/2008 conclui-se que não há diferença substancial entre “reputação ilibada”, expressão contida na Resolução nº 3.041, de 2002, e “inexistência de restrições que possam afetar a reputação dos controladores”, excerto que consta na Resolução nº 3.040, de 2002.

11. Nesta Procuradoria-Geral, os dispositivos normativos mencionados são interpretados e aplicados, caso a caso, a partir da **harmonização dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do interesse público**. Ademais, em sintonia com os precedentes deste órgão jurídico, registre-se que a reputação ilibada configura conceito jurídico indeterminado, que, portanto, permite avaliação discricionária por parte da Administração no exame de cada caso concreto.

12. Com a perspectiva exposta até aqui, esta Procuradoria-Geral tem concluído, à luz das peculiaridades de cada caso examinado, que ações penais em curso, ainda que não julgadas definitivamente, são potencialmente capazes de abalar a fama daquele que pretende atuar no sistema financeiro, quer como controlador quer como administrador de instituição fiscalizada por este Banco Central.

13. Nesse descortino, convém registrar que é o grau de reprovabilidade da conduta *sub judice* e a sua relação com o sistema financeiro, e não simplesmente a existência de ação penal, que deve nortear o juízo realizado por este Banco Central.

14. Pois bem, cotejando o posicionamento desta Procuradoria-Geral sobre o assunto em tela com os documentos contidos nos autos, verifica-se que o conteúdo probatório colhido pela área técnica deve ser considerado para fins de avaliação da reputação dos interessados. Vejam-se as razões.

15. Conforme a certidão de fl. 219, relativa à Ação Penal nº 2008.51.01.817965-1, **os administradores e controlador da sociedade em constituição foram denunciados como incurso nos arts. 4º, 16 e 22, caput e segunda parte do parágrafo único, da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, no art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e no art. 288 do Código Penal (CP)**. A denúncia foi recebida em relação a Fernando Pereira Fonseca e rejeitada em relação a Joaquim Costa Pereira Pinto na 5ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Inconformado, o Ministério Público Federal impetrou mandado de

segurança a fim de estender o recebimento da denúncia à Joaquim Costa Pereira Pinto, o que foi deferido liminarmente pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que determinou a citação do acusado.

16. Além disso, registre-se que, de acordo com a certidão de fl. 269, referente à Ação Penal nº 2006.51.01.509919-2, **Fernando Pereira Fonseca foi denunciado como incurso nos arts. 16 e 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492, de 1986**, sendo que a denúncia foi recebida na 5ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, antes da instauração da Ação Penal nº 2008.51.01.817965-1, noticiada no item pretérito.

17. Por relevante, transcrevem-se abaixo as condutas típicas imputadas aos interessados:

Lei nº 7.492, de 1986:

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Lei nº 9.613, de 1998:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

[...]

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

[...]

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Código Penal:

Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de um a três anos.

18. Desse modo, verificado o recebimento da denúncia oferecida pelo Parquet, percebe-se que os pretensos administradores – e controlador – respondem a processo criminal por **crimes contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro e de formação de quadrilha**.

19. Vale registrar, neste ponto, que o recebimento da denúncia e a consequente instauração do processo criminal pressupõem prévia valoração da justa causa, ou seja, da existência de lastro probatório mínimo e razoável a apontar à materialidade e autoria do crime pelos interessados, nos termos do art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal, com nova redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.

20. Desse modo, é inegável que o recebimento da denúncia e a instauração do processo penal trazem em si forte conotação negativa, comprometendo a imagem dos pretensos administradores e controlador. Com o escopo de roborar a tese aqui defendida, transcreve-se o seguinte excerto do bem elaborado Parecer PGBC-300/2009:

34. Ora, se a doutrina atesta em uníssono que o processo penal prejudica a imagem da generalidade dos cidadãos, o que se dirá daqueles que administram recursos de terceiros? Para se ter noção do grau de comprometimento da imagem desse profissional, é interessante responder com sinceridade à seguinte questão: você confiaria suas economias ao banqueiro se soubesse que ele é acusado de crime contra o sistema financeiro?

35. Se a solução fosse positiva, então, de fato, a discussão sobre danos à imagem em tal hipótese seria inócua, eis que nesse mundo ideal todos acreditariam no cidadão até que a justiça o absolvesse ou o condenasse em definitivo. Todavia, presumindo-se que no mundo real a resposta a tal indagação será ordinariamente negativa, a seguinte conclusão é inevitável: **certas imputações criminais corroem a confiança que os clientes bancários depositam na pessoa do banqueiro**; por conseguinte, não podem ser ignoradas no momento de se aquilatar a reputação, pois reverberam na confiabilidade do sistema financeiro.

36. Essa cautela, aliás, é de rigor sempre que houver acusação por crimes incompatíveis com o comportamento esperado do administrador de instituição financeira, como o são as infrações penais de estelionato, sonegação fiscal, lavagem de dinheiro e diversas outras.

37. Como se percebe, **não importa a quantidade de processos, mas a qualidade da acusação**. No caso sob exame, sobreleva a

classificação da ação penal contra o recorrente, que – nunca é demais remarcar – envolve, entre outros, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, cuja organização, disciplina e fiscalização são finalidades precípuas do Banco Central do Brasil (art. 2º do RI – Bacen).

38. Não se pode voltar as costas para a realidade evidente: **as repercussões negativas da persecução penal são particularmente mais gravosas quando recaem sobre administrador de instituição financeira** – ou de pessoa que pretenda sê-lo, como é o caso do recorrente. Isso porque, conforme esclarecido, a atividade que desenvolve (ou que pretende desenvolver) se baseia no princípio da confiança.

39. Não se está tolhendo o exercício profissional das pessoas que se candidatam a cargos dessa natureza; ao revés, o fim colimado é a preservação da confiança no sistema financeiro, cuja higidez cumpre ao Banco Central do Brasil preservar. Há um propósito mais elevado na exigência de reputação ilibada, consubstanciado no interesse público que prepondera sobre o interesse individual.

21. Diante do exposto, percebe-se que as ações penais em curso devem ser levadas em conta por esta Autarquia no exame da reputação, máxime porque os crimes em apuração guardam estreita relação com o sistema financeiro e com as atividades que serão desenvolvidas pela corretora de câmbio em constituição.

11. Na tentativa de impugnar os fundamentos acima, os impetrantes alegam que (a) ainda não há decisão definitiva (trânsito em julgado) nas acusações a que respondem; e (b) a jurisprudência pátria tem firme posicionamento no sentido de que ações penais em curso não configuram maus antecedentes.

12. Contudo, a gravidade dos fatos imputados aos impetrantes, independentemente da existência ou não de condenação criminal transitada em julgado, é capaz de inculcar ao Banco Central, responsável por zelar pela higidez do Sistema Financeiro Nacional, se não um verdadeiro juízo negativo a respeito da reputação desses indivíduos, pretensos administradores de sociedade corretora de câmbio, uma suspeita que impede a afirmação de “reputação ilibada”.²

13. Surge, pois, um aparente conflito entre princípios constitucionais igualmente relevantes. De um lado, tem-se o princípio da não-culpabilidade,

2 “Ilibado”, em nosso vernáculo, é o “que ficou livre de culpa ou de suspeita”. HOUAISS, Antônio. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Versão 1.0 – março de 2004. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, verbete “ilibado”, acepção 2.

ou da presunção de inocência. De outro, o do interesse público, consistente na preservação da integridade e da idoneidade do Sistema Financeiro Nacional, que recomenda que pessoas de reputação duvidosa sejam impedidas de assumir funções de relevo nesse âmbito.

14. Indubitavelmente, a solução para o aparente conflito deve, no presente caso, prestigiar o interesse público, tendo em vista que os crimes imputados aos impetrantes guardam relação com o Sistema Financeiro e com as atividades que serão desenvolvidas pela própria corretora de câmbio em constituição. Aliás, foi esse o entendimento adotado, em caso análogo (MS nº 2007.34.00.006034-1), pela Juíza Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal em sentença (doc. 2) bastante elucidativa, *verbis*:

O cerne da questão está em saber se a autoridade coatora, ao considerar, em sua decisão que indeferiu o pedido de constituição de sociedade de crédito, a informação de que os impetrantes são réus em diversos processos criminais, sem sentença condenatória com trânsito em julgado, está a violar o princípio da presunção de inocência.

Primeiramente, é de se esclarecer que o conceito de “reputação ilibada” é de compreensão indeterminadas, requerendo do intérprete, na solução do caso concreto, preencher-lhe o significado.

No caso específico dos autos, para densificação semântica do que se chama “reputação ilibada”, deve-se levar em consideração, em um primeiro momento, a premissa de que **princípios não são absolutos, devendo ser sopesados com outros, montando-se a chamada “justa equação constitucional”**.

Explica-se. No caso que se me apresenta, **não somente há de se considerar o princípio da presunção de inocência, (art. 5º, inciso), mas também o do interesse público**, implícito em nossa Carta da República, tendo em vista que o Banco Central do Brasil é um dos guardiões do mercado financeiro, ao lado de outros agentes regulatórios, competindo-lhes preservar a integridade do sistema, delicado por essência, prevenindo riscos ou disfunções que possam acarretar prejuízo à sociedade, ou a qualquer de seus segmentos.

Assim, se por um lado, o caso vertente exige um atento olhar para o princípio da presunção de inocência, por outro, o operador do direito não pode deixar de contrabalanceá-lo com o princípio do interesse público, consubstanciado na necessidade de manutenção da integridade

dos mercados financeiros. E, sopesando-os, penso que **o princípio da presunção de inocência cede espaço a princípio de maior importância e densidade no caso em tela, que é o do interesse público.**

Não se diga que o princípio da presunção de inocência estaria vulnerado, pois, conforme adágio tão conhecido pelos operadores do direito, “tudo que é juridicamente garantido é por igual juridicamente limitado”. Tanto é assim, que próprio Judiciário, a despeito do que ensina o aludido princípio, permite, por exemplo, as chamadas prisões cautelares, cuja decretação tem em conta não a presunção de culpabilidade do indiciado, mas porque buscam, em última instância, a proteção ao interesse público.

Assim, o direito subjetivo dos impetrantes, decorrente do princípio da presunção de inocência, fica limitado à área de alcance do princípio de maior importância, o do interesse público, que no caso repousa sobre a necessidade de proteção do sistema financeiro contra quem, de um modo ou de outro, seja imputada a prática de atos contrários à dignidade ou à reputação da profissão, ou que denotem, de forma reiterada, uma incompatibilidade com a natureza da atividade.

Ressalte-se, ainda, serem as instâncias administrativa, civil e penal absolutamente independentes, resultando na possibilidade de aplicação de penalidade administrativa independentemente de prévia condenação penal em processo judicial instaurado com vistas à apuração dos mesmos fatos.

Inquéritos policiais, processo penais em curso, bem como sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado podem configurar mais antecedentes [...].

Tenho, pois, que **a indigitada autoridade coatora agiu de forma adequada ao poder de polícia que lhe foi conferido, impedindo a constituição de sociedade de crédito por quem não se amolda ao requisito da “reputação ilibada”, tendo em vista notícias, não negadas pelos impetrantes, de que contra eles correm processos criminais em que se apuram ilícitos relativos ao próprio sistema financeiro.”** (sem destaque no original).

15. Ademais, ao contrário do afirmado pelos ora impetrantes, ações criminais e inquéritos policiais em andamento podem ser considerados para fins de maus antecedentes. Veja-se o voto divergente, que restou vencedor, do Ministro Gilmar Mendes no HC 81.974-5/SP (2ª Turma, DJ de 13/2/2004):

Sr. Presidente, sem prejuízo de um melhor exame em relação à tese sustentada por V. Ex^a, adiro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de serem considerados inqueritos e processos em andamento para fins de caracterização de maus antecedentes. Nesse sentido são, por exemplo, as decisões proferidas no HC 73.297, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 16.08. HC 73.297, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 15.12.95; HC 72.643, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 17.05.96; RE 211.207, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.03.98.

Nestes termos, peço vênua ao ilustre relator, para indeferir a ordem.

16. Ora, se é possível considerar, em certas hipóteses, os processos criminais em curso para efeitos na esfera penal, com mais razão os serão no âmbito administrativo para formar convicção acerca de mera “restrição à reputação” (art. 5º, VI, da Resolução CMN nº 3.040, de 2002), suficiente para impedir a concessão de autorização para pretensos administradores de corretoras de câmbio.

17. A propósito, no julgamento do MS 11.057/DF, em que se impugnava ato de descredenciamento de agência de turismo para a prática de operações de câmbio em razão da condenação de sócia da empresa por crime contra o Sistema Financeiro Nacional, a 1ª Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 5/6/2006) denegou, por unanimidade, a ordem, decidindo que “**não há de prevalecer o princípio da presunção da inocência em favor da empresa [...], se um dos sócios envolve-se em fatos ligados ao mercado de capital, ainda que não seja condenado, deixa arranhada a imagem no mercado, ensejando a preservação da credibilidade da coisa pública para com os usuários**” (sem destaque no original). Eis a ementa do acórdão em comento:

ADMINISTRATIVO – BANCO CENTRAL DO BRASIL – AUTORIZAÇÃO PARA OPERAR NO MERCADO DE CÂMBIO – DESCRENCIAMENTO.

1. O ato de credenciamento e descredenciamento dos agentes para operarem no mercado de câmbio é ato administrativo discricionário e precário (Lei 4.595/64), embasando-se a escolha na credibilidade do agente junto ao mercado de câmbio, autorizado, fiscalizado e regulamentado pelo Bacen.

2. Se um dos sócios de empresa credenciada envolve-se em fatos pertinentes ao mercado financeiro de câmbio, independentemente do

desfecho do processo penal, podem tais fatos macular a credibilidade da pessoa jurídica.

3. Ato administrativo discricionário que enseja revogação ao talante do administrador.

4. Mandado de segurança denegado. (sem destaque no original).

18. Em caso similar, essa mesma Corte julgou lícito ato do Ministro de Estado das Comunicações que cassara permissão de serviço de radiodifusão sonora, tendo em vista que o permissionário não apresentava idoneidade moral para a prestação do serviço, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REVOGAÇÃO DE PERMISSÃO DE SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO SONORA EM FREQUÊNCIA MODULADA. [...] INTERRUPTÃO DO SERVIÇO POR INTERESSE PÚBLICO. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA OUTORGA DA RENOVAÇÃO DA PERMISSÃO.

1. Extrai-se dos autos que o Ministério das Comunicações editou a Portaria MC nº 111, de 11/03/1985, outorgando à Rádio Club de Cuiabá Ltda. permissão de serviço de radiodifusão sonora em frequência modulada pelo prazo de 10 anos e sem direito de exclusividade, tendo sido renovada a referida permissão pela Portaria MC nº 361, de 24/07/2000, com data retroativa a 13/03/1995. **Todavia, em 22/08/2003, o Ministro de Estado das Comunicações editou a Portaria MC nº 420, de 25/08/2003, revogando, em razão da inidoneidade moral da permissionária e do não atendimento do interesse público, a Portaria nº 361/2000.**

2. Inocorrência de cerceamento de defesa na condução do processo administrativo que culminou com a edição da Portaria nº 420/2003, visto que **a interrupção dos serviços de radiodifusão deu-se em caráter preventivo, atendendo ao interesse público, tendo em vista a fundada imputação de inidoneidade do sócio majoritário da emissora, que exerce as funções de gerente da Rádio, que consoante certidão fornecida pela Justiça Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso, tem contra si diversos processos criminais tramitando naquele órgão do judiciário federal.** Instauração do devido processo no âmbito do Ministério das Comunicações, a fim de revisar a outorga da renovação da permissão em comento, onde foi oportunizada a apresentação de defesa.

3. Absoluta legalidade do ato que revogou a renovação da permissão anteriormente outorgada, plenamente amparado pelos dispositivos legais regentes da espécie. [...]

4. [...]

5. [...]

6. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado.”

(MS 9306/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ de 31/05/2004 – sem destaque no original).

19. Por fim, cumpre registrar que a reputação ilibada, requisito necessário para ser administrador de sociedade corretora de câmbio, não se confunde com primariedade penal. O conceito de reputação ilibada vai além. Como conceito jurídico indeterminado que é, sua configuração depende do juízo discricionário do administrador, diante do caso concreto. E, no caso dos autos, o fato de os pretensos administradores da intentada Ultramar Corretora de Câmbio S/A responderem por crimes contra o Sistema Financeiro Nacional constituiu motivo bastante para afetar a sua reputação perante a Administração e a sociedade.

CONCLUSÃO

20. Ante o exposto, conclui-se que (a) o Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro é incompetente para processar e julgar o presente mandado de segurança, razão pela qual devem ser remetidos os autos à Seção Judiciária do Distrito Federal e (b) no mérito, o ato impugnado é válido, devendo-se denegar a segurança pleiteada.

É o parecer que submeto à consideração superior e que, aprovado, poderá ser encaminhado à autoridade judiciária a título de informações, na forma da minuta de ofício anexa.

Fabiana Perillo de Farias

Procuradora

De acordo com o bem lançado parecer, que examina a matéria à luz dos precedentes desta Procuradoria e da jurisprudência pátria. Elevo-o à consideração do titular da CC2PG.

Flávio José Roman
Coordenador-Geral

Acolho o parecer, nos termos do despacho do Coordenador-Geral da COJUD, que bem examina o objeto da impetração, concluindo pela incompetência do Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e, no mérito, pela denegação da ordem de segurança. Encaminhe-se ao senhor Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro do Banco Central, a título de informações, com a anexa minuta de ofício, que também acolho.

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral

Ofício
Proc. 1001488310

Brasília, de setembro de 2010.

A Sua Excelência a Senhora
ADRIANA MENEZES DE REZENDE
Juíza Federal Substituta da 12.^a Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Av. Rio Branco, 243, Anexo II, 8º andar, Centro
20040-009 Rio de Janeiro/RJ

Assunto: MS nº 2010.51.01.011755-9

Senhora Juíza,

Refiro-me ao mandado de notificação e intimação recebido por via postal em 26 de agosto de 2010, por meio do qual são requisitadas informações nos autos do Mandando de Segurança nº 2010.51.01.011755-9, impetrado por José Eduardo Costa Vieira Pinto e outros contra suposto ato ilegal consistente no indeferimento do pedido de constituição de Ultramar Corretora de Câmbio S/A.

2. Venho, portanto, apresentar a Vossa Excelência, no prazo legal, os anexos elementos de fato e de direito, consubstanciados no Parecer PGBC-264/2010, emitido pela Procuradoria-Geral do Banco Central, que demonstra (a) a incompetência desse Juízo para processar e julgar o presente mandado de segurança e (b) a inexistência de qualquer ofensa a direito líquido e certo dos Impetrantes.

Atenciosamente,

Alexandre Antonio Tombini

Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro

(Anexos: Parecer PGBC-264/2010 e os documentos nele referidos)

Petição PGBC-6825/2010

Requerimento de ingresso em feito como *amicus curiae*. Finalidades: explicitar o que é o Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil (Bacen Jud) e expor as razões que evidenciam a legalidade de o Juiz determinar, *ex officio*, em sede de execução fiscal, por meio daquele sistema eletrônico, a indisponibilidade de ativos financeiros, sem a necessidade de esgotar, previamente, diligências para encontrar outros bens penhoráveis.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa

Procurador

Flávio José Roman

Coordenador-Geral

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

RECURSO ESPECIAL Nº 1.184.765/PA
RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO: CORREA SOBRINHO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO E NAVEGAÇÃO LTDA E OUTROS

BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia federal criada pela Lei nº 4.595, de 1964, com sede nesta capital da República e endereço indicado no rodapé, por seus procuradores abaixo assinados (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, art. 17, I, c/c Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, art. 4º, I), vem à presença de Vossa Excelência, nos autos do recurso especial em epígrafe, em atenção ao mandado de Intimação nº 679/2010-CORDIS, recebido em 28.6.2010, requerer, com fundamento no art. 543-C, § 4º, do Código de Processo Civil, seu ingresso no feito, na qualidade de

amicus curiae,

com o fim de (1) explicitar o que é o Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil (**Bacen Jud**) e (2) expor as razões que evidenciam a legalidade de o Juiz determinar, *ex officio*, em sede de execução fiscal – tributária ou não –, por meio daquele sistema eletrônico, a indisponibilidade de ativos financeiros, sem a necessidade de esgotar, previamente, diligências para encontrar outros bens penhoráveis.

Petição PGBC-6805/2010

Pt. 1001484799

Peculiaridades do caso concreto

2. Em sede de execução fiscal de tributos, o juízo de primeira instância determinou, de ofício, por meio do sistema Bacen Jud, a indisponibilidade de ativos financeiros do executado.

3. Da decisão de bloqueio, o executado interpôs agravo de instrumento para o Tribunal Regional Federal da Primeira Região. O agravo foi monocraticamente provido com fundamento (1) na impossibilidade de o juiz determinar o arresto de bens do executado antes de citá-lo, pois tal medida contrariaria a ordem preconizada no art. 7º da Lei nº 6.830, de 1980;¹ (2) na impossibilidade de se determinar o bloqueio de ativos financeiros *ex officio*, sob pena de violação do art. 655-A, *caput*, do Código de Processo Civil;² e (3) na ilicitude da medida constritiva, pois ofenderia o princípio da menor onerosidade para o executado.

4. A União (Fazenda Nacional) interpôs, contra a decisão monocrática prolatada em sede de agravo de instrumento, agravo regimental, **deixando, contudo, de atacar o fundamento relativo à impossibilidade de o juiz determinar o bloqueio de ofício**. Sem se ater a esse aspecto, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região julgou o mérito do agravo, negando-lhe provimento, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE ATIVOS VIA SISTEMA BACEN JUD. ART. 655-A DO CPC. NÃO COMPROVAÇÃO DE DILIGÊNCIAS NECESSÁRIAS À LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. IMPOSSIBILIDADE.

1 “Art. 7º – O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para: I – citação, pelas sucessivas modalidades previstas no artigo 8º; II – penhora, se não for paga a dívida, nem garantida a execução, por meio de depósito ou fiança; III – arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar; IV – registro da penhora ou do arresto, independentemente do pagamento de custas ou outras despesas, observado o disposto no artigo 14; e V – avaliação dos bens penhorados ou arrestados.”

2 “Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.”

1. A ordem estabelecida no art. 11, I, da Lei de Execução Fiscal, bem como o art. 655-A do CPC, que prevêem a constrição preferencial, via eletrônica, de dinheiro depositado em conta corrente do devedor tributário, tem caráter relativo. Deve ser interpretada em consonância com os valores albergados pela Constituição Federal e legislação processual civil.
2. O bloqueio de importância em dinheiro, via sistema Bacen Jud, é medida extrema e somente deve ser deferida após a demonstração pela parte requerente da realização de todas as diligências possíveis a fim de encontrar bens do devedor passíveis de garantir a execução fiscal ajuizada.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

5. Do acórdão, a Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração, objetivando o prequestionamento de diversos dispositivos legais. Os embargos foram desprovidos.

6. Finalmente, a Fazenda interpôs recurso especial, alegando violação aos arts. 535, II, 655, 655-A e 656 do Código de Processo Civil, 11 da Lei nº 6.830, de 1980, e 185-A, do Código Tributário Nacional, bem como divergência jurisprudencial.

7. O recurso especial em questão foi submetido, pelo Ministro Relator, ao rito preconizado no art. 543-C, do Código de Processo Civil. Essa decisão foi comunicada ao Banco Central, para que, verificando necessidade, interviesse no feito na qualidade de *amicus curiae*.

8. Em razão de ser a entidade gestora do Bacen Jud, o Banco Central crê ser indispensável sua intervenção no feito, não só para esclarecer a natureza daquele sistema, mas também para expor os efeitos jurídicos de sua utilização, da maneira como foi empregado no presente caso.

9. Passa-se, assim, ao exame proposto, que, ao cabo, concluirá pela legalidade do bloqueio *in limine litis* e *ex officio* de ativos financeiros, por meio do Bacen Jud, em sede de execução fiscal – tributária ou não.

A criação do Bacen Jud e sua positivação no ordenamento jurídico

10. O judiciário brasileiro, há muito tempo, tem se beneficiado da facilidade e da rapidez com que o Banco Central, ente supervisor do Sistema

Financeiro Nacional, comunica-se com as instituições por ele supervisionadas. Assim, para tornar mais célere a comunicação de determinados atos judiciais dirigidos às instituições financeiras, o Poder Judiciário tem se socorrido da infra-estrutura desta Autarquia. Em parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, publicado na **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, já se consignou a esse respeito o que segue:

Os juízes podem enviar suas determinações diretamente às instituições financeiras. Todavia, pela facilidade de comunicação do Banco Central do Brasil com o Sistema Financeiro Nacional (especialmente por intermédio do chamado Sisbacen³), o Poder Judiciário, em regra, encaminha a ordem ao Banco Central, que providencia sua transmissão aos integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Basicamente, o Banco Central “converte” os ofícios encaminhados pelo Poder Judiciário em “correios eletrônicos do Sisbacen” e os remete às instituições financeiras destinatárias. Assim, o Banco Central do Brasil, desde os anos 80, vem prestando um importante serviço à Justiça, traduzido pelo repasse, às instituições do Sistema Financeiro Nacional, das solicitações remetidas pelo Poder Judiciário, tais como comunicação e extinção de falência, bem como bloqueios e desbloqueios de aplicações e movimentações financeiras de pessoas físicas e jurídicas.⁴

11. Quando ainda não havia Bacen Jud, essas providências somente poderiam ser requisitadas ao Banco Central por meio de ofícios em papel. Sucede que, em poucos anos, o volume de ofícios enviados à Autarquia cresceu extraordinariamente. Consoante informa o *site* do Banco Central do Brasil, em dez anos (de 1998 a 2008), o volume de solicitações recebidas pela autarquia passou de 6.384 para 3.671.735.⁵ Essa demanda do Poder Judiciário acabaria por tornar impossível o atendimento, em tempo hábil, das requisições, pois é necessário um enorme trabalho de triagem, classificação, conferência, digitação e reenvio das determinações judiciais às instituições bancárias.

3 Sistema de Informações do Banco Central do Brasil

4 Parecer-2003/00514/Dejur/Gabin, da lavra do Subprocurador-Geral do Banco Central Luiz Ribeiro de Andrade e despacho do Procurador-Geral do Banco Central, Francisco José de Siqueira. Publicado na **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, vol. 1, n. 1, dez. 2007, p. 313 e 314.

5 <<http://www.bcb.gov.br/?RED-BCJUDESTATISTICAS>>. Acessado em 28 de julho de 2010.

12. Assim, com o crescimento dessa demanda e com o objetivo de prestar as informações de forma eficaz, esta Autarquia introduziu, em 2001, a primeira versão de um sistema informatizado denominado Bacen Jud 1.0.

13. Esse sistema permitiu que os juízes encaminhassem ao Banco Central, por meio da rede mundial de computadores, de forma segura e econômica, ordens judiciais de solicitações de informações sobre existências de contas e aplicações financeiras de clientes do Sistema Financeiro Nacional, saldos, extratos, endereços, determinações de bloqueio e desbloqueio de valores, bem como comunicação e extinção de falência.

14. O sistema informatizado Bacen Jud não importou na alteração das regras processuais preexistentes, mas apenas informatizou um procedimento antes utilizado pelos magistrados por meio de ofício em papel.

15. Uma inegável vantagem do sistema, bem lembrada no referido Parecer-2003/00514/Dejur/Gabin, consiste em que:

a interpretação das ordens judiciais pelos analistas do Banco Central, leigos em questões jurídicas, pode ser equivocada; outras vezes, as ordens judiciais omitem dados essenciais à sua circularização; podem, ainda, mostrar-se não muito claras para entendimento de leigos. Com o Bacen Jud foi possível uma padronização das determinações encaminhadas ao Banco Central, que seguem layouts predeterminados.⁶

16. Diante do contínuo processo de aperfeiçoamento do sistema e das atuais necessidades do Poder Judiciário, o Banco Central, juntamente com representantes dos tribunais superiores e entidades de classe do Sistema Financeiro Nacional, decidiram desenvolver o sistema Bacen Jud 2.0, com um novo aplicativo que melhorasse as funcionalidades do sistema BacenJud 1.0 e, ao mesmo tempo, criasse novas funcionalidades requeridas pelo Judiciário.

17. As grandes inovações do Bacen Jud 2.0, implementadas a partir de 2005, foram o retorno de respostas das instituições financeiras para os magistrados pelo próprio sistema e o respectivo controle pelas autoridades judiciárias, bem como a transferência de valores bloqueados para conta de depósito judicial.⁷

6 Op. cit., p. 315.

7 Informações extraídas do *site* do Banco Central [<http://www.bcb.gov.br/?BCJUDINTRO>]. Acessado em 23 de março de 2009.

18. Os benefícios advindos da implantação e da larga utilização do Bacen Jud, no que diz respeito à celeridade e à efetividade do provimento jurisdicional, tiveram o reconhecimento do legislador, quer no âmbito da execução fiscal de tributos, quer na esfera mais ampla do processo civil. Primeiro, positivaram-se as normas inscritas no art. 185-A, *caput*, § 1º e § 2º, do Código Tributário Nacional. Depois, aquelas constantes do art. 655-A, *caput*, § 1º e § 2º, do Código de Processo Civil.⁸ São elas:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005). (Código Tributário Nacional).

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006). (Código de Processo Civil).

8 Atos normativos *infralegais* trataram do Bacen Jud antes mesmo de sua positivação em nível legal. Por exemplo, os Provimentos nº 1, de 25.6.1993, e nº 3, de 23.9.2003, ambos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

19. É importante observar que tais regras não alteraram em nada o papel desde o início desempenhado pelo Banco Central. A Autarquia apenas realiza o papel de mensageiro das ordens judiciais.⁹ Aquelas que se transmitem pelo Bacen Jud, inclusive, são as únicas que prescindem de qualquer espécie de tratamento, porque o próprio juiz preenche o formulário eletrônico, encaminhado diretamente, pelo sistema, à rede bancária. A responsabilidade do Banco Central restringe-se, portanto, à gestão técnica e suporte dessa infraestrutura, colocada à disposição do aparato judicial brasileiro.¹⁰

A desnecessidade de – mesmo em execuções fiscais tributárias – esgotar diligências para encontrar outros bens penhoráveis

20. Esclarecidas as questões preliminares sobre o funcionamento do Bacen Jud, pode-se avançar com tranquilidade sobre o mérito da questão discutida nos autos.

21. Como ressaltado, o acórdão recorrido fixou que a prioridade conferida pelos arts. 11, I, da Lei nº 6.830, de 1980,¹¹ e 655-A do Código de

9 Sobre a ilegitimidade passiva do Banco Central para figurar em ações que questionam a juridicidade de constrições efetuadas por meio do Bacen Jud, vide o Parecer PGBC 84/2009, da lavra do procurador do Banco Central Felipe de Vasconcelos Pedrosa e despacho do Procurador-Geral do Banco Central, Francisco José de Siqueira, publicado na *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, vol. 3, n. 1, jun. 2009, p. 215 e 227.

10 Talvez por desconhecimento de algumas das características do Bacen Jud, a Comissão de Juristas incumbida da elaboração de anteprojeto de novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, propôs, como parte do disciplinamento da matéria relativa à penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, os seguintes preceitos, que fixam como destinatário da ordem de bloqueio o Banco Central: “Art. 778. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz poderá, a requerimento do exequente, em decisão fundamentada, transmitida preferencialmente por meio eletrônico, **ordenar à autoridade supervisora do sistema bancário que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado**, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução. § 1º A ordem de indisponibilidade prevista no caput será precedida de requisição judicial de informação sobre a existência de ativos financeiros em nome do executado, bem como sobre os respectivos valores, a qual será **dirigida à autoridade supervisora do sistema bancário**. § 2º Na requisição a que se refere o § 1º, a autoridade supervisora do sistema bancário limitar-se-á a prestar as informações exigidas pelo juiz, sendo-lhe vedado determinar, por iniciativa própria, a indisponibilidade de bens do executado.” (destaquei). Entende-se, entretanto, na esteira do que concluiu o Parecer PGBC-174/2010 (da lavra do Procurador-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado do Ceará, Jader Amaral Brillhante) que seriam desprovidas de razoabilidade tais regras, tendo em vista, em primeiro lugar, que nem o Banco Central detém informações sobre contas de clientes bancários, nem existe determinação legal de que faça qualquer espécie de registro cadastral de movimentação financeira; em segundo lugar, que o ordenamento jurídico vigente, ao estabelecer a esfera de competência da Autoridade Supervisora do Sistema Financeiro Nacional, não conferiu poderes, nem instrumentos legais, que a autorizem a punir as instituições financeiras que descumpram ordens judiciais, mesmo que versando sobre bloqueio ou desbloqueio de ativos financeiros; finalmente, que seria de todo despropositado despender vultosa quantia do Erário para criar uma solução tecnológica que se mostrasse capaz de efetivar o bloqueio direto de ativos financeiros, pelo Banco Central, quando é certo que, no atual contexto, a imposição desse mister às instituições financeiras já se mostra um método eficaz de viabilizar a concretização da medida.

11 “Art. 11. A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I – dinheiro; [...]”.

Processo Civil,¹² à penhora de dinheiro – em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira – “tem caráter relativo” e a constrição de ativos financeiros, por meio do Bacen Jud, “somente deve ser deferida após a demonstração pela parte requerente da realização de todas as diligências possíveis a fim de encontrar bens do devedor passíveis de garantir a execução fiscal ajuizada”.

22. Esta exegese, entretanto, não pode ser extraída dos dispositivos referidos. Só encontraria amparo, ademais, se fosse afastada a aplicação das respectivas normas no caso concreto, com a expressa declaração de sua inconstitucionalidade – o que não ocorreu. Que ordem de preferência seria essa, ademais, cuja inobservância seria a regra e, ademais, independeria de justificação?

23. Embora, de fato, seja relativa a prioridade conferida pelos citados dispositivos ao dinheiro – em espécie ou na forma de ativos financeiros –, **essa prioridade é estipulada em favor do exequente, não do executado**. Tanto é, que, no art. 612 do Código de Processo Civil, enuncia-se que “realiza-se a execução no interesse do credor”. No art. 475-J, § 3º, do Código de Processo Civil, prevê-se que, frustrado o pagamento pelo executado, o **exequente** poderá, ao requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação, “indicar desde logo os bens a serem penhorados”. No art. 655-A, § 2º, do Código de Processo Civil, preceitua-se expressamente que “compete ao **executado** comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade” (destaquei). No art. 656 do Código de Processo Civil, estatui-se que poderá haver substituição da penhora se não houver obediência à ordem legal (inciso I), ou se a penhora incidir sobre bens de baixa liquidez (inciso V).

24. Marinoni e Arenhart, porquanto lecionem que o juiz pode deixar de aplicar a ordem prevista no art. 655, do Código de Processo Civil, “mediante a devida e adequada justificativa, diante de outra realidade social e de mercado e das particularidades presentes no caso concreto”,¹³ e reconheçam que a eleição dos bens penhoráveis deve atender “aos princípios do resultado da execução – pelo qual a execução deve ocorrer da forma mais proveitosa para o credor – e do

12 “Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; [...]”

13 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, vol. 3: Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 265.

menor sacrifício do executado – em razão da qual a execução não deve ir além do estritamente necessário para a satisfação do crédito”, também ensinam que:

O executado apenas pode fugir da ordem legal do art. 655 mediante a adequada justificativa, a ser analisada pelo juiz. A falta de justificativa caracteriza violação do art. 600, IV.¹⁴

Não há qualquer racionalidade em supor que o executado pode indicar a penhora um bem que não seja idôneo à satisfação da execução, apenas por ser o que lhe traz a menor restrição. A menor restrição apenas importa quando existem dois bens igualmente idôneos à realização do direito do exequente.¹⁵ Agora o exequente tem o direito de indicar bens à penhora (art. 475-J, § 3º), não existindo mais a previsão de que o executado deve ser citado para pagar ou nomear bens à penhora. O real significado desta mudança está em evidenciar que o executado tem apenas e tão somente o dever de pagar – embora possa apresentar impugnação para tentar demonstrar a inexistência desse dever – e não o direito de nomear bens à penhora – como, por exemplo, imóvel situado em outra localidade – caso não deseje pagar imediatamente.¹⁶

25. Essa mudança de enfoque operada pela Lei nº 11.382, de 2006, na sistemática da execução civil – abandonando-se uma visão bastante ínsita ao liberalismo clássico, de proteção excessiva ao devedor – foi logo percebida pelo Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, após aquela reforma processual, deu-se uma verdadeira virada jurisprudencial no que concerne ao uso do Bacen Jud. O seguinte precedente ilustra bem essa alteração na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA ON LINE – SISTEMA BACEN-JUD – REQUERIMENTO FEITO NO REGIME ANTERIOR AO ART. 655, I, DO CPC (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.382/2006).

1. A jurisprudência atual desta Corte firmou-se no sentido de que, após a vigência da Lei 11.382/2006, o bloqueio de ativos financeiros por meio de penhora on line não requer mais o esgotamento de diligências

¹⁴ *Ibidem*, p. 268.

¹⁵ *Ibidem*, p. 270.

¹⁶ *Ibidem*, p. 271.

para localização de outros bens do devedor passíveis de penhora, sendo admitida hoje a constrição por meio eletrônico sem essa providência.

2. Recurso especial provido. (REsp 1.194.067/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 22/06/2010, publicado no DJe em 1º/7/2010).

26. A reforma empreendida no Código de Processo Civil, por óbvio, atingiu também os microsistemas de execução que permitem o uso subsidiário das normas previstas naquele código. Tal é o caso da Lei nº 6.830, de 1980, que disciplina a execução fiscal. Na Lei de Execuções Fiscais, o dinheiro já encabeçava a lista que ordena os bens passíveis de penhora (art. 11, I). Como nunca houve, na Lei nº 6.830, de 1980, dispositivo algum distinguindo o dinheiro em posse do executado daquele depositado ou aplicado em instituição financeira, a superveniência da Lei nº 11.382, de 2006, que deu nova redação ao art. 655 do Código de Processo Civil – atribuindo ao “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira” prioridade na ordem de penhora –, não deu causa a antinomia nenhuma, nem mesmo aparente. A superveniência da Lei nº 11.382, de 2006, apenas teve como efeito, neste particular, ampliar a interpretação do art. 11, I, da Lei de Execuções Fiscais, antes restrita ao dinheiro em posse do executado.

27. Dificuldades, entretanto, poderiam surgir no específico caso da execução fiscal **de tributos**. É que o art. 185-A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 118, de 2005, dispõe que apenas “na hipótese de o **devedor tributário**, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e **não forem encontrados bens penhoráveis**, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico [...] às autoridades supervisoras do mercado bancário” (destaquei). Note-se que o preceito, **especialmente** destinado ao disciplinamento da execução de tributos e com redação dada em 2005, conflita com aquele outro inscrito no art. 655, I, do Código de Processo Civil, alterado em 2006. No Código Tributário Nacional, a norma condiciona o uso do Bacen Jud ao esgotamento de outras diligências. No Código de Processo Civil, o bloqueio de ativos financeiros por meio do Bacen Jud é a diligência prioritária. Do emprego das regras clássicas de solução de conflitos aparentes de normas (anterioridade, especialidade e hierarquia), resultantes, nos dizeres de Cláudia

Lima Marques, de uma “visão moderna ou perfeita do ordenamento jurídico no tempo”,¹⁷ ter-se-ia que o art. 185-A do Código Tributário Nacional continuaria exigindo o esgotamento de outras diligências para a utilização do Bacen Jud, já que o critério da especialidade se sobrepõe ao da anterioridade.¹⁸

28. A pós-modernidade, contudo, marcada, no Direito, pela descodificação, pela tópica e pela microrrecodificação, impõe ao exegeta a busca por uma harmonia ou coordenação entre as diversas normas do sistema jurídico, impossível de serem alcançadas só com aqueles critérios clássicos ou “modernos”. O alvo, nos dizeres de Cláudia Lima Marques, deve ser “a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (*cohérence dérivée ou restaurée*), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo.”¹⁹

29. A solução para afastar antinomias como a descrita, segundo a doutrina mais abalizada, é dada pela **Teoria do Diálogo das Fontes**. Idealizada pelo alemão Erik Jayme, e divulgada no Brasil por Cláudia Lima Marques, estuda as consequências que a alteração dos conceitos, princípios e institutos jurídicos de uma norma geral desencadeia sobre normas inseridas em microsistemas jurídicos com aquela relacionados de forma direta ou indireta. Prega, por exemplo, que se sobrevierem normas gerais mais benéficas às normas especiais concebidas para privilegiar uma dada categoria, aquelas devem prevalecer, em homenagem à coerência do sistema.

30. O Ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça, ao se defrontar, num caso concreto (REsp 1.074.228/MG, Segunda Turma, julgado em 7/10/2008, publicado no DJe em 5/11/2008), com a referida antinomia (aparente) entre os artigos do Código Tributário Nacional e do Código de Processo Civil, aplicou a Teoria do Diálogo das Fontes. Segue elucidativo trecho de seu voto:

17 MARQUES, Cláudia Lima. “Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002”, in *Revista da Esmese*, nº 07 (2004), p. 42.

18 Alguns poderiam também argumentar que uma lei complementar não pode ser revogada por outra ordinária, ainda que superveniente, em razão da superioridade hierárquica daquela. Essa posição, contudo, já foi superada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1097992/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 10/2/2009 e publicado no DJe em 26/02/2009). Na verdade, lei complementar e lei ordinária não possuem vínculo hierárquico entre si, pois ambas tiram seu fundamento de validade da Constituição. Cada uma delas, contudo, destina-se a regular um específico campo material, delimitado pela Carta Magna. Lei complementar que adentre no âmbito material reservado à lei ordinária poderá ser por esta revogada, como acontece em **matéria processual**.

19 *Op. cit.*, p. 43.

No caminho da interpretação sistemática, mas ainda sob o enfoque principiológico, há que ser dado o devido valor à “Teoria do Diálogo das Fontes” já que a interpretação das alterações efetuadas no CPC não pode resultar no absurdo lógico de colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988).

[...]

Observo que o raciocínio que aqui procuro desenvolver não implica em revogação do art. 185-A do CTN, até porque o dispositivo se refere a diversos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, não apenas dinheiro em depósito ou aplicação financeira, objeto específico do art. 655-A do CPC. Trata-se do estabelecimento de uma nova moldura interpretativa onde não é mais necessário ao exequente demonstrar que a diligência por outros bens restou frustrada. Basta apenas apontar o interesse pela penhora de dinheiro, sem prejuízo de uma futura substituição ou reforço que dependerá do caso concreto.

Nesta nova moldura, o conteúdo da expressão “[...] e não forem encontrados bens penhoráveis [...]”, contida no art. 185-A do CTN deverá ser lido em conjunto com os artigos 11 da Lei n. 6.830/80 e 655 do CPC, passando a significar: “se não forem encontrados bens penhoráveis com precedência na ordem estatuída pelas leis de regência”. Compatibiliza-se, assim, o art. 185-A do CTN com o art. 11 da Lei nº 6.830/80 e artigos. 655 e 655-A do CPC.”

31. Valendo-se também da Teoria do Diálogo das Fontes, o Ministro Herman Benjamin, no julgamento do REsp 1.024.128/PR (Segunda Turma, julgado em 13/5/2008, publicado em 19/12/2008), entendeu que as reformas promovidas no Código de Processo Civil, em benefício de particulares, não poderiam levar ao absurdo de colocar o erário em posição de desvantagem em relação a créditos privados. Veja-se:

[com a reforma,] o legislador pretendeu conferir a todo e qualquer credor meios mais adequados para atingir o resultado efetivo do processo de execução. Seria paradoxal posicionar a Fazenda Pública, tão-somente por sua condição, em flagrante desvantagem em relação aos demais credores. Numa palavra, em pleno Estado Social, baseado na valorização do interesse público, colocar-se-ia o Erário em posição de desvantagem no confronto com o crédito privado.

32. Com lastro nessas razões, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou também o entendimento – coerente com os princípios do sistema e, portanto, dotado de razoabilidade –, segundo o qual, **independentemente** de a execução fiscal referir-se a créditos tributários, a penhora deverá recair, de modo prioritário, sobre “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”, consoante preceitua o art. 655, I, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON LINE. SISTEMA BACENJUD. DECISÃO POSTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DO ART. 655-A DO CPC. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DE BUSCA PELOS BENS PENHORÁVEIS DO DEVEDOR. PENHORA DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. RECUSA. LEGITIMIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA DA ORDEM ESTABELECIDADA PELO ART. 11 DA LEI 6.830/80.

1. A Primeira Seção desta Corte tem entendido pela possibilidade do uso da ferramenta BacenJud para efetuar o bloqueio de ativos financeiros, em interpretação conjugada dos artigos 185-A do CTN, 11 da Lei nº 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC. Todavia, somente para as decisões proferidas a partir de 20/1/2007 (data da entrada em vigor da Lei nº 11.038/2006), em execução fiscal por crédito tributário ou não, aplica-se o disposto no art. 655-A do Código de Processo Civil, não sendo mais exigível o prévio esgotamento de diligências para encontrar outros bens penhoráveis.

2. No caso, o despacho que deferiu a penhora online ocorreu em 2008, ou seja, após a vigência da Lei nº 11.382/2006.

3. Acaso não observada a ordem disposta no art. 11 da Lei nº 6.830/1980, é lícito ao credor e ao julgador a não aceitação da nomeação à penhora.

4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no Ag 1.168.198/SP, Segunda Turma, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, julgado em 20/5/2010, publicado no DJe em 2/6/2010).

33. A única ressalva, note-se, diz respeito à data em que foi proferida a decisão que determina o bloqueio de ativos financeiros, por meio do Bacen Jud. A advertência condiz com a regra de direito intertemporal segundo a qual os atos processuais regem-se pela lei vigente ao tempo em que praticados.

34. Conclui-se, assim, ante o que até aqui se expôs, pela **legalidade** do bloqueio de ativos financeiros, por meio do Bacen Jud, antes mesmo de se esgotarem as diligências para encontrar bens penhoráveis.

Legalidade de bloqueios *ex officio* de ativos financeiros, por meio do Bacen Jud, como consequência do *poder geral de cautela*

35. O recorrido alega, nas contrarrazões ao recurso especial, que o bloqueio contra o qual se insurgiu também seria ilegal em decorrência de sua decretação *ex officio*, pelo juiz de primeira instância.

36. A questão, em que pese ter servido de fundamento para a reforma da decisão que determinou o bloqueio, não foi discutida mais tarde, em sede de agravo regimental, pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Logo, não está prequestionada.

37. Em atenção, contudo, ao perfil objetivo do procedimento do recurso repetitivo, bem como ao enunciado nº 456 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, e ao art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – segundo os quais o tribunal, conhecendo do recurso extraordinário ou especial, julgará a causa, aplicando o direito à espécie – tecem-se as seguintes considerações sobre o tema.

38. É cediço que o art. 655-A, *caput*, exige, para que o juiz bloqueie ativos financeiros do executado por meio do Bacen Jud, “requerimento do exequente”. Estaria o preceito impondo um limite específico ao poder geral de cautela conferido aos magistrados?

39. Entende-se que não. O *caput* do art. 655-A, na verdade, estabelece uma **regra geral**, para reforçar que, também na concessão da específica medida cautelar de que trata, por força do princípio da disponibilidade processual,²⁰ o juiz deve, **ordinariamente**, agir somente quando instado pela parte. Entretanto, ao se interpretar aquele dispositivo em conjunto com outros do Código, mormente com o art. 797,²¹ deve-se concluir que, diante de um **caso excepcional**, a indisponibilidade poderá ser decretada *ex officio*.

40. Para Luiz Guilherme Marinoni, o art. 797 do Código de Processo Civil veicula autorização para que medidas cautelares sejam determinadas independentemente de requerimento da parte, uma vez que tais medidas “não visam satisfazer o direito material de quaisquer das partes, mas apenas assegurar

20 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60.

21 “Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

o resultado útil do processo”.²² Raciocinar de outro modo, para o eminente processualista, seria desconsiderar a principal característica do processo contemporâneo, “deixando-se de admitir a utilização da técnica processual **conforme as necessidades** do caso concreto, em sinal de nítido obstáculo à realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”²³ (destaque do autor citado).

41. Assim, por força do poder geral de cautela conferido pelo ordenamento jurídico aos magistrados, é-lhes possível adotar medidas assecuratórias urgentes, inclusive a decretação de indisponibilidade de ativos financeiros por meio do Bacen Jud, de ofício, desde que estejam diante de caso **excepcional**.

42. Diz Marinoni que, para concretizar o significado de casos excepcionais, alguns pressupostos devem estar presentes: (1) não haver tempo hábil para o juiz ouvir as partes; (2) desconhecimento da situação de urgência pela parte a quem a medida aproveita; (3) possibilidade de se constatar *prima facie* o risco à efetividade da tutela do direito; e (4) prévia instauração de ação em que se pede a tutela do direito ameaçado de se tornar infrutífera, pois “é inconcebível que um juiz possa agir de ofício por supor que uma situação de risco afeta eventual tutela do direito, que sequer foi pedida”.²⁴ Ademais, assim que concedida a tutela cautelar, a parte afetada deve ser imediatamente comunicada de sua concessão.

43. Atendidos os pressupostos acima, não há espaço para questionamentos acerca da legalidade da decretação de indisponibilidade de ativos financeiros, por meio do Bacen Jud. Por outro lado, é de se ressaltar, não cabe à instância extraordinária ou especial averiguar o preenchimento dos pressupostos elencados, pois envolve matéria fática, impassível de rediscussão em sede de recursos especial e extraordinário.

22 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57. Segundo o mesmo autor, “o entendimento [...] no sentido de que o juiz somente poderia determinar medida cautelar de ofício nos casos expressamente previstos em lei, sendo que estes estariam previstos em lei porque excepcionais, não pode ser aceito, pois não há razão alguma para o legislador redigir um artigo para dizer que o juiz pode fazer alguma coisa que já lhe está autorizada pela lei. O art. 797, em outras palavras, permite que o juiz aja de ofício, determinando medida cautelar, diante de qualquer caso excepcional, até porque, se o caso é realmente excepcional, não pode ser abstratamente formulado e previsto pelo legislador.” No mesmo sentido, Egas Dirceu Moniz de Aragão, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, vol. 4: *Processo Cautelar*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

23 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, vol. 4: *Processo Cautelar*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 105 e 106.

24 *Idem. Ibidem*, p. 107.

44. Tem-se, portanto, que, em casos excepcionais, o ordenamento jurídico faculta a decretação de ofício da indisponibilidade de ativos financeiros do executado, via Bacen Jud. A análise da validade do ato no caso concreto, todavia, só poderá ser feita pelas instâncias ordinárias, por envolverem matéria fático-probatória.

CONCLUSÃO

45. Ante todo o exposto, é possível concluir que:
- a) a implantação do sistema informatizado BacenJud não implicou a alteração das regras processuais preexistentes, mas apenas informatizou um procedimento antes utilizado pelos magistrados por meio de ofício em papel;
 - b) a positivação do sistema BacenJud em nível legal (arts. 185-A do Código Tributário Nacional e 655-A do Código de Processo Civil) não modificou em nada o papel desde o início desempenhado pelo Banco Central. A Autarquia apenas realiza a função de mensageiro das ordens judiciais, sem responsabilidade alguma, portanto, pelo seu cumprimento pelas destinatárias – as instituições financeiras;
 - c) as alterações promovidas pelos citados dispositivos de lei deram causa a conflito aparente de normas, no âmbito da execução fiscal de tributos: no Código Tributário Nacional, há regra que condiciona o uso do BanceJud ao esgotamento de outras diligências; no Código de Processo Civil, institui-se que o bloqueio de ativos financeiros por meio do BacenJud é a diligência prioritária;
 - d) o emprego das regras clássicas de solução de antinomias (no caso concreto, a regra da especialidade), resultaria no absurdo lógico de colocar o credor privado em situação mais vantajosa que o credor público, mesmo quando este fosse cobrar créditos tributários – derivados do dever fundamental de pagar tributos;
 - e) o Superior Tribunal de Justiça tem utilizado os critérios hermenêuticos apregoados pela Teoria do Diálogo das Fontes, a fim de solucionar impasses como o descrito. Com base nesses critérios, capazes de fornecer respostas coerentes com o ordenamento jurídico, já se

pacificou, no Superior Tribunal de Justiça, entendimento no sentido da “possibilidade do uso da ferramenta Bacen Jud para efetuar o bloqueio de ativos financeiros, em interpretação conjugada dos artigos 185-A do CTN, 11 da Lei nº 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC”;

- f) embora o *caput* do art. 655-A estabeleça regra geral, segundo a qual o juiz só pode bloquear ativos financeiros, por meio do BacenJud, quando instado pela parte, a interpretação sistemática daquele dispositivo com outros do Código, mormente com o art. 797, que outorga aos magistrados poder geral de cautela, permite concluir pela possibilidade de se decretar *ex officio* a indisponibilidade, diante de casos excepcionais.

46. Em face das conclusões expostas, entende o Banco Central que deve ser provido o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, adotando-se as teses ora defendidas para todos os efeitos do art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 13 de agosto de 2010.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa

Procurador

Flávio José Roman

Coordenador-Geral

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral

Petição PGBC-6922/2010

Reclamação, dirigida ao Supremo Tribunal Federal, contra decisão de juiz do trabalho e acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que consideraram intempestivos os embargos à execução opostos pelo Banco Central do Brasil, ajuizados no prazo fixado no art. 1º-B da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

Viviane Neves Caetano
Assessora Jurídica

Flávio José Roman
Coordenador-Geral

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral

Marusa Vasconcelos Freire
Procuradora-Geral, interina

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia federal criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, com sede em Brasília, no SBS, Quadra 3, Bloco B, vem, perante Vossa Excelência, por seus procuradores (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, art. 17, I, e Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, art. 9º), com fundamento na letra l do inciso I do art. 102 da Constituição da República, nos arts. 13 a 18 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990 e nos arts. 156 a 162 do RISTE, propor

RECLAMAÇÃO,
COM PEDIDO DE LIMINAR,

contra decisão proferida pelo Juiz da 64ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, Dr. EDSON DIAS DE SOUZA, que, em 24 de julho de 2008, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 2221/94, ofendeu a autoridade da decisão dessa Corte, proferida na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 11-8/DF, e contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 9ª Turma, nos autos do Agravo de Petição nº 02221-1994-064-01-00-5, pois consideraram intempestivos os embargos à execução opostos pelo Banco Central do Brasil, os quais foram ajuizados no prazo fixado no art. 1º-B da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação conferida pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

Petição PGBC-06922/2010
Pt. 9400393912

RESUMO DA DEMANDA

RONAN DE SOUZA FERREIRA ajuizou ação trabalhista contra a VIGFORT – Serviços de Vigilância Ltda. e o Banco Central do Brasil, com o intuito de obter o pagamento de verbas rescisórias referentes ao período que laborou como vigilante nas dependências desta Autarquia (doc. 1).

2. A sentença proferida pela 64ª Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro julgou procedente em parte o pedido, condenando solidariamente os reclamados ao pagamento de verbas indicadas na petição inicial. Apresentados os recursos cabíveis, a 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região decidiu dar provimento parcial “ao recurso do Banco Central do Brasil para reconhecer sua responsabilidade subsidiária e dar parcial provimento ao recurso do reclamante para condenar a segunda reclamada a integrar as horas extras recebidas nas parcelas resilitórias” (docs. 2 e 3).

3. Iniciada a execução, o Banco Central foi citado, em 17/6/2008 (doc. 4), para pagar o débito ou garantir a execução. Em 1º/7/2008, esta Autarquia opôs embargos à execução, os quais foram rejeitados, por suposta intempestividade, em 24/7/2008, decisão objeto de intimação pessoal em 2/12/2008. Eis o teor da decisão, proferida pelo MM. Juiz Edson Dias de Souza, da 64ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro (docs. 5 e 6):

Vistos etc.

Tendo em vista tratar-se de recurso com natureza jurídica de ação, não há se falar na aplicação do Decreto-Lei nº 779/69.

Posto isso e considerando que o referido Decreto-Lei não pode ser interpretado ampliativamente, reputo intempestiva a manifestação da reclamada e rejeito liminarmente os embargos, sendo certo que a citação se deu no dia 17/06/2008 e a petição foi protocolizada em 1º/7/08.

Ressalta-se que o expediente desta Vara ficou suspenso entre os dias 27/6/08 e 7/7/08 para implantação do novo sistema de acompanhamento processual (*Sapweb*), não interferindo no prazo da ré.

Intime-se a reclamada para ciência e prossiga-se, observada a segunda parte do r. despacho de fls.362.

4. Irresignado, o Banco Central apresentou o competente agravo de petição (doc. 7), sustentando a tempestividade dos embargos à execução, cujo prazo é de 30 dias, segundo o disposto no art. 1º-B da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Sustentou, ademais, violação ao disposto nos artigos 21 e 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, tendo em vista a decisão proferida em sede da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 11/DF, em 28 de março de 2007, na qual o Pleno do Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

EMENTA: FAZENDA PÚBLICA. Prazo processual. Embargos à execução. Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 da CLT. Ampliação pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-B à Lei federal nº 9.494/97. Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados. Dissídio jurisprudencial sobre a norma.

Ação direta de constitucionalidade. Liminar deferida. Aplicação do art. 21, *caput*, da Lei nº 9.868/99. **Ficam suspensos todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória nº 2.180-35.**

(ADC 11 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02282-01 PP-00001 RTJ VOL-00202-02 PP-00463 LEXSTF v. 29, nº 343, 2007, p. 110-123 REVJMG v. 58, nº 180, 2007, p. 505-511).(grifei).

5. O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por sua 9ª Turma, em novo gravame à decisão proferida pelo Plenário desta Eg. Corte na ADC supra referida, negou provimento ao agravo de petição (doc. 8), na forma da ementa a seguir transcrita:

AGRAVO DE PETIÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ENTE PÚBLICO – PRAZO. O prazo para oferecimento de embargos é regido pelo art. 884, da CLT, que não estabelece qualquer ressalva aos entes públicos, pela impossibilidade de alteração deste prazo por Medida Provisória. Não cabe a aplicação subsidiária do art. 730, do CPC, porque não existe omissão na Lei Processual Trabalhista.

6. Para tanto, a Turma se valeu da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho no Incidente de Inconstitucionalidade suscitado nos autos

do RR nº 70/1992-011-04-00.7, (cópia anexa doc. 9) conforme o seguinte trecho extraído do acórdão:

Inicialmente deve ser ressaltado que a matéria já foi objeto de exame pelo Tribunal Pleno do C. TST, em face de Incidente de Inconstitucionalidade suscitado nos autos do RR-70/1992-011-04-00.7, tendo sido concluído pela inconstitucionalidade do art. 4º da Medida Provisória antes referida.

Os fundamentos dessa decisão estão consignados na seguinte ementa:

“MEDIDA PROVISÓRIA AMPLIANDO O PRAZO FIXADO NOS ARTS. 730 DO CPC E 884 DA CLT, DE DEZ E CINCO, RESPECTIVAMENTE, PARA TRINTA DIAS, PARA OS ENTES PÚBLICOS OPOREM EMBARGOS À EXECUÇÃO – MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/01 – INCONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO ART. 62, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A jurisprudência do STF admite, ainda que excepcionalmente, o controle jurisdicional da urgência, pressuposto constitucional da medida provisória (STF-ADIMC-2.213/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, *in* – DJ de 23/4/04).

2. A urgência para a edição de medidas provisórias é um requisito atrelado a dois critérios: um objetivo, de ordem jurídico temporal, identificado pela doutrina mais tradicional como verificação da impossibilidade de se aguardar o tempo natural do processo legislativo sumário; e outro subjetivo, que se relaciona não tanto a um determinado lapso temporal, mas, principalmente, a um juízo político de oportunidade e conveniência (urgência política).

3. Na hipótese dos autos, a controvérsia gira em torno da caracterização, ou não, da urgência da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/8/01, e, conseqüentemente, discute-se sobre a constitucionalidade do art. 4º da referida norma, que estabelece dilatação do prazo em favor de entes públicos para oposição de embargos à execução, concedendo típico favor processual aos entes públicos.

4. Seguindo os fundamentos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADIMC-1.753/DF e 1.910/DF (referentes à ampliação do prazo para ajuizamento de ação rescisória), deve-se concluir, na presente hipótese, que o favor processual concedido aos entes públicos, no sentido de triplicar o prazo para a oposição dos embargos à execução, carece de urgência política, ou seja, não se revela proporcional, apresentando-se como um privilégio inconstitucional. Declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/01- (TST-RR-70/1992-011-04-00.7, Incidente de Inconstitucionalidade, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ. 23/9/2005 inteiro teor anexo).

7. O acórdão foi objeto de embargos de declaração do Banco Central do Brasil, que foram rejeitados. Esta Autarquia foi intimada do acórdão pessoalmente, em 22.07.2010, e apresentou o competente Recurso de Revista, que ainda está em tramitação (docs. 10, 11 e 12).

CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO

8. Esta Eg. Corte já foi instada a se manifestar em Reclamações idênticas à presente, decorrentes de reiteradas decisões oriundas da Justiça do Trabalho, que insiste em desconsiderar o prazo de 30 dias para apresentação de embargos à execução, contados da juntada do mandado de citação aos autos.

9. O Ministro Celso de Mello, na Reclamação nº 8.766, foi taxativo a respeito do cabimento de ações da espécie:

Busca-se, desse modo, segundo pretendido pela parte reclamante, a concessão de medida liminar “[...] para suspender imediatamente a execução na Reclamação Trabalhista nº 02094-1995- 211-04-00-0, de forma a impedir os danos provenientes da decisão perpetrada pelo Juízo da Vara do Trabalho de Torres/RS, que, nos autos do citado processo, julgou intempestivos os embargos à execução opostos pela União, em clara ofensa ao decidido por esse Supremo Tribunal Federal na ADC nº 11/DF-MC” (fls. 11/12).

Cumprir analisar, preliminarmente, se se mostra cabível, ou não, o emprego da reclamação, em situações de alegado desrespeito a decisões que a Suprema Corte tenha proferido em sede de fiscalização normativa abstrata.

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar esse aspecto da questão, tem enfatizado, em sucessivas decisões, que a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, se utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculante:

“O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO.

– O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal

Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno).”

(RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

10. A propósito da legitimidade ativa, prossegue o Ilustre Ministro:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, a propósito de tal questão, ao analisar o alcance da norma inscrita no art. 28 da Lei nº 9.868/98 (Rcl 1.880-AgR/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), firmou orientação que reconhece, a terceiros, qualidade para agir, em sede reclamatória, quando necessário se torne assegurar o efetivo respeito aos julgamentos desta Suprema Corte, proferidos no âmbito de processos de controle normativo abstrato:

“[...] LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE.

– Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele – particular ou não – que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento, quer de ação direta de inconstitucionalidade, quer de ação declaratória de constitucionalidade. Precedente. [...]”

(RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – OUTORGA DE MEDIDA CAUTELAR COM EFEITO VINCULANTE – POSSIBILIDADE.

– O Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para exercer, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder geral de cautela de que se acham investidos todos os órgãos judiciários, independentemente de expressa previsão constitucional. A prática da jurisdição cautelar, nesse contexto, acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida no processo objetivo de controle abstrato. Precedente.

– O provimento cautelar deferido, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, além de produzir eficácia *erga omnes*, reveste-se de efeito vinculante, relativamente ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Precedente.

– A eficácia vinculante, que qualifica tal decisão – precisamente por derivar do vínculo subordinante que lhe é inerente –, legitima o uso da reclamação, se e quando a integridade e a autoridade desse julgamento forem desrespeitadas.”

(RTJ 185/3-7, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Vê-se, portanto, que assiste, à parte ora reclamante, plena legitimidade ativa *ad causam* para fazer instaurar este processo reclamatório.

11. Preenchidos, pois, na hipótese os pressupostos de cumprimento da reclamação e de legitimidade desta Autarquia para seu ajuizamento.

AFRONTA À AUTORIDADE DO JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

12. O Governador do Distrito Federal ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de liminar, tendo como objeto o art. 1º-B da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que assim dispõe:

Art. 1º-B. O prazo a que se refere o *caput* dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de trinta dias (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001).

13. Os dispositivos referidos pelo citado artigo 1º-B, e que tiveram os prazos majorados para trinta dias, são os seguintes:

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: (Vide Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 884 - Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

[...]

14. Ante os fortes argumentos em prol do dispositivo questionado, em 28 de março de 2007, o Pleno do Supremo Tribunal Federal deferiu a liminar requerida, nos termos da ementa já transcrita no item 4 *supra*.

15. Em 29 de agosto de 2009, em flagrante reconhecimento da necessidade de manutenção do prazo de 30 dias para a oposição dos embargos à execução, conforme estipulado na referida Lei nº 9.494, de 1997, o Pleno desta Eg. Corte, em questão de ordem na medida cautelar na ADC nº 11-DF, prorrogou a liminar deferida:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. ADC. Liminar deferida. Prazo vencido. Autos na Procuradoria-Geral da República. Prorrogação da eficácia da liminar. Deferimento. Questão de ordem resolvida nesse sentido. Prorroga-se a eficácia de liminar concedida em ação direta de constitucionalidade, quando, vencido o prazo, os autos se encontrem, para parecer, na Procuradoria-Geral da República.

(ADC 11 QO-MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe-232 DIVULG 10-12-2009 PUBLIC 11-12-2009 EMENT VOL-02386-01 PP-00001)

16. É evidente, portanto, que qualquer decisão judicial, proferida a partir de 28 de março de 2007, que rejeite, por intempestividade, embargos à execução opostos no prazo de 30 dias, contados da juntada da citação aos autos, além de violar lei federal em vigor, afronta as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADC nº 11.

DA TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL

17. O mandado de citação foi recebido nesta Autarquia em 17.06.2008. Como é notório, à Fazenda Pública não se aplica o citado prazo de 48 horas para pagar, mas sim o prazo para opor embargos do art. 730 do Código de Processo Civil, que é de 30 dias, contados da juntada do mandado de citação aos autos, assim como o prazo do art. 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo a nova redação do art. art. 1º-B da Lei nº 9.494, de 1997.

18. Os Embargos à Execução foram protocolizados em 1º de julho de 2008, muito antes de expirado o interregno de 30 dias, garantido por lei à Fazenda Pública.

DA ADEQUAÇÃO DO PRAZO DE TRINTA DIAS PARA A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO

19. A questão da majoração dos prazos previstos para a oposição de embargos à execução foi apreciada pelo Ministro Cezar Peluso, que, ao deferir a liminar na ADC nº 11-MC/DF, reconheceu que:

[...] Com efeito, é dotada de verossimilhança a alegação de que as notórias insuficiências da estrutura burocrática de patrocínio dos ineresses do Estado, aliadas ao crescente volume de execuções contra a Fazenda Pública, tornavam relevante e urgente a ampliação do prazo para ajuizamento de embargos.

Tal alteração parece não haver ultrapassado os termos da razoabilidade e proporcionalidade que devem pautar a outorga de benefício jurídico-processual à Fazenda Pública, para que não se converta em privilégio e dano da necessária paridade de armas entre as partes no processo, a qual é inerente à cláusula *due process of Law* (arts. 5º, incs. I e LIV; CPC, art. 125) (ADI nº 1.753-MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 12.06.1998).

A observação é, aliás, sobretudo conveniente ao caso do art. 884 da CLT, cujo prazo se aplica a qualquer das partes, não apenas à Fazenda Pública.

20. Tais argumentos ferem de morte a citada decisão do Tribunal Superior do Trabalho, proferida no RR-70/1992-011-04-00.7, que vem fundamentando as decisões dos juízes trabalhistas que consideram intempestivos os embargos à execução opostos pela Fazenda Pública no prazo de trinta dias. Não há dúvidas que a majoração do prazo não constitui privilégio da Fazenda Pública, muito menos um privilégio inconstitucional. Ao contrário, ao menos no âmbito da Justiça do Trabalho, o prazo dilatado favorece qualquer parte que venha a ser executada.

21. Nesse passo, deve ser cassada a decisão proferida pelo MM. Juiz Edson Dias de Souza, da 64ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que considerou intempestivos os embargos à execução opostos pelo Banco Central. Igualmente, deve ser cassado o acórdão proferido pela 9ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que negou provimento ao agravo de petição do Banco Central do Brasil, também ao argumento de que seria “irretocável o sentenciado que não conheceu dos embargos oferecidos pelo Agravante”.

NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

22. Faz-se necessário e urgente o deferimento de medida cautelar na presente Reclamação, uma vez presentes os requisitos: o *fumus boni iuris* reside nos fundamentos fáticos e jurídicos sobejamente demonstrados ao longo desta petição, no sentido de que os embargos à execução opostos pelo Banco Central do Brasil eram tempestivos porque ajuizados dentro do prazo de trinta dias estipulado pela Lei nº 9.494, de 1997 (citação em 17.06.2008 e interposição dos embargos em 01.07.2008); o *periculum in mora* emerge dos prejuízos irreparáveis a que está sendo submetida esta Autarquia, que está sujeita à imediata expedição de Requisição de Pequeno Valor porque não teve reconhecido seu direito a interpor embargos à execução no prazo legal, em flagrante violação ao devido processo legal e à ampla defesa, conforme incisos XXXV e LV do art. 5º da Constituição da República de 1988. Também há prejuízos para a Advocacia Pública em geral, que, como reconhecido várias vezes por esta Eg. Corte, tem direito ao prazo dilatado previsto no art. 1º-B da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação

conferida pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 (plenamente em vigor, em razão da Emenda Constitucional nº 32/2001).

REQUERIMENTOS

23. Conforme exaustivamente demonstrado na presente Reclamação, a decisão liminar proferida pelo Pleno desta Suprema Corte decidiu que “Ficam suspensos todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória nº 2.180-35”.

24. Ocorre, porém, que o caso trata de Reclamação Trabalhista que tramita desde 1994, não sendo do interesse do Reclamante, tampouco do Reclamado, que o caso se estenda por muito tempo. Assim, em casos semelhantes, esta Eg. Corte decidiu, não suspender os processos nos quais se discute o prazo dos embargos, mas determinar o recebimento dos embargos à execução opostos pela Fazenda Pública, levando em conta o demasiado tempo decorrido desde o ajuizamento da ação.

25. Neste sentido decidiu o acórdão proferido na Reclamação nº 5.758-5/SP:

RECLAMAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO TRABALHISTA. INTEMPESTIVIDADE. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 11-MC/DF. EXEQUENTE EM IDADE AVANÇADA. PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO TRABALHISTA ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO DA AÇÃO PARADIGMA. PROCESSAMENTO IMEDIATO DOS EMBARGOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A decisão que deixa de receber embargos à execução trabalhista opostos no prazo legal, afastando a aplicação do art. 1º-B da Lei nº 9.494/1997, descumpra a decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 11-MC/DF. 2. A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz. Não é razoável que, diante das peculiaridades do caso e da idade avançada da exequente, se determine suspensão da execução trabalhista e se imponha à parte que aguarde o julgamento definitivo da ação apontada como paradigma nesta

Reclamação. 3. Reclamação julgada procedente para se determinar o imediato processamento dos embargos à execução opostos pela União.

(Rcl 5758, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-02 PP-00298 LEXSTF v. 31, nº 368, 2009, p. 241-251, grifamos).

26. No mesmo sentido foi decidido no acórdão proferido na Reclamação nº 6.428-0/SP, em cujo Relatório a Ministra Carmen Lúcia asseverou:

Por esses motivos, sem desconhecer os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal naquela ação de controle concentrado de constitucionalidade, em cumprimento ao princípio da jurisdição, entendo não ser razoável, no caso vertente, que se determine a suspensão do Processo nº 00849-1995-016-15-00-7 e se imponha à parte que aguarde o julgamento do mérito da ação declaratória de Constitucionalidade nº 11/DF.

Pelo exposto, voto no sentido de julgar procedente a presente Reclamação para determinar ao Juízo da 2ª Vara do trabalho de Sorocaba/SP que receba e dê imediato processamento aos embargos à execução opostos pela União nos autos do Processo nº 00849-1995-016-15-00-7.

27. Posto isso, demonstrado a flagrante afronta às decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* já demonstrados, **o Banco Central requer a concessão de liminar para a imediata suspensão da execução trabalhista, suspendendo-se qualquer ato que culmine com a expedição de RPV, antes do julgamento dos embargos à execução opostos, sob pena de se tornar irrevogável o prejuízo desta Autarquia.**

28. Requer sejam as Autoridades Reclamadas notificadas a prestar informações, nos termos do art. 14, I, da Lei nº 8.038, de 1990.

29. Ao final, que seja julgada procedente a Reclamação, confirmada a liminar e cassadas as decisões do MM. Juiz Edson Dias de Souza, da 64ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que considerou intempestivos os embargos à execução opostos pelo Banco Central do Brasil, bem como o acórdão proferido pela 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que negou provimento ao agravo de petição do Banco Central do Brasil.

30. A Reclamante prova o alegado com os documentos que acompanham a presente inicial.

Dá-se à causa o valor de R\$ 23.565,08.

Pede deferimento.

Brasília, 18 de agosto de 2010.

Viviane Neves Caetano

Assessora Jurídica

Flávio José Roman

Coordenador-Geral

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral

Marusa Vasconcelos Freire

Procuradora-Geral interina

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 PGBC, pelo endereço revista.pgbc@bcb.gov.br, em arquivo Word ou RTE, observando-se as normas de publicação e os parâmetros de editoração adiante estabelecidos.
2. Os autores podem encaminhar trabalhos redigidos em português, em inglês ou espanhol.
3. Os autores de trabalhos publicados na Revista da PGBC não fazem jus aos direitos patrimoniais pertinentes a sua criação ou a remuneração de qualquer natureza, sendo, contudo, detentores dos direitos morais de seus trabalhos.
4. CONFIGURAÇÃO DOS TRABALHOS – Os trabalhos enviados devem ser compostos de 10 a 20 páginas, redigidas em fonte Times New Roman tamanho 12, com espaçamento entre linhas simples. Variações para mais ou para menos serão analisadas pelo Conselho Editorial da Revista da PGBC. A configuração das páginas deve observar os seguintes parâmetros:
 - a) MARGENS: superior – 3 cm; inferior – 2 cm; esquerda – 3 cm; direita – 2 cm
 - b) TAMANHO: 210 x 297 mm (folha A4)
 - c) NUMERAÇÃO: a partir da segunda página (considerada a primeira), na margem superior direita
5. TÍTULO – O título do trabalho deve ser escrito no topo da página, com apenas a primeira letra de cada palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de letra minúscula seja obrigatório. O subtítulo do trabalho deve ser escrito com todas as letras em minúscula, salvo nos casos em que o uso de letra maiúscula seja obrigatório (exemplo: “Governança Cooperativa: as funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil”). Título e subtítulo do trabalho devem ser escritos na mesma linha, alinhados à direita, com fonte 16 e negrito.
6. IDENTIFICAÇÃO E TITULAÇÃO DO AUTOR – O nome do autor deve figurar um espaço duplo depois do título do trabalho, alinhado à direita, com fonte 11 e negrito, seguido de asterisco que remeta para nota de rodapé que apresente a formação acadêmica do autor e suas principais atividades.

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 e apresentar número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho, até três níveis, alinhado à direita, a 6 cm da margem esquerda, com fonte 10 e itálico. Veja-se o exemplo a seguir:

1 Introdução. 2 Atividade bancária no contexto da União Europeia. 3 Concorrência no setor bancário: 3.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias; 3.2 Atuação da Comissão Europeia e da Rede Europeia de Concorrência; 3.3 Ações da Comissão Europeia para o fortalecimento da concorrência na área bancária. 4 Conclusão.

8. **RESUMO** – O trabalho deve conter um resumo em português e um em inglês (*abstract*), de 100 a 250 palavras, ressaltando o objetivo, o método, os resultados e as conclusões – não deve discorrer sobre o assunto do trabalho. O resumo deve ser composto de uma sequência de frases concisas e afirmativas, e não de enumeração de tópicos. Sua primeira frase deve explicar o tema principal do trabalho. Deve-se utilizar a terceira pessoa do singular. Devem-se evitar símbolos e contrações cujo uso não seja corrente e fórmulas, equações e diagramas, a menos que extremamente necessários. O resumo em inglês (*abstract*) deve acompanhar-se do título do trabalho, também em inglês, figurando um espaço duplo depois das palavras-chave em português.
9. **PALAVRAS-CHAVE** – Devem ser indicadas 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** – Obedecido o limite de páginas já fixado, o texto deve ser redigido de acordo com os seguintes parâmetros:
- a) **TÍTULOS E SUBTÍTULOS DE SEÇÕES:** Devem ser escritos em fonte *Times New Roman* tamanho 14, em negrito, posicionados um espaço duplo depois das *keywords*, alinhados à esquerda, com recuo de 1,5 cm à esquerda. Escrevem-se apenas com a primeira letra da primeira palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de letra 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* tamanho 12, sem negrito ou itálico, um espaço duplo depois do título da seção ou da subseção, com espaçamento entre linhas simples, com alinhamento justificado e recuo de entrada de 1,5 cm da margem esquerda.
- c) DESTAQUES: Destaques em trechos do texto devem ocorrer conforme as seguintes especificações:
- EXPRESSÕES EM LÍNGUA ESTRANGEIRA: itálico (em 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: As citações devem apresentar-se conforme sua extensão.
- CITAÇÕES COM ATÉ TRÊS LINHAS: Devem permanecer no corpo do parágrafo, entre aspas (apenas 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 4 cm da margem esquerda, com fonte 10, sem aspas e sem itálico;
 - DESTAQUES NAS CITAÇÕES: Os destaques nas citações devem ser informados como constantes do original ou como inseridos pelo copista.
 - > *Destaques do original*: Após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) do autor”, entre parênteses.
 - > *Destaque do copista*: Após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifei” ou “grifamos”, entre parênteses.
 - SISTEMA DE CHAMADA DAS CITAÇÕES: O sistema de chamada das citações deve ser o sistema autor-data. Por esse meio de chamada, em vez de número que remeta a nota do rodapé com os dados bibliográficos da publicação citada e, ainda, em vez de toda a referência entre parênteses, emprega-se o sobrenome do autor ou o nome da entidade, a data e a(s) página(s) da publicação de onde se retirou o trecho transcrito. Vejam-se os 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 expreso no texto:*

[...] nas palavras do próprio 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 expreso 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 expreso 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 expreso 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 devem posicionar-se um espaço duplo depois do fim do texto. O destaque no nome do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser negrito. Ressalte-se que, no caso de publicações eletrônicas, devem ser informados o local de disponibilidade do 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, 2., 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 conforme as normas de publicação e os demais parâmetros relativos à editoração da revista serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias, no prazo estabelecido.
13. A seleção dos trabalhos para publicação será feita pelos membros do Conselho Editorial da Revista da PGBC, conforme previsto em regulamento próprio.



BANCO CENTRAL DO BRASIL

