

REVISTA JURÍDICA

DO BANCO DO NORDESTE

ISSN: 2236-8086



REVISTA JURÍDICA

DO BANCO DO NORDESTE



**PRESIDENTE:**

Jurandir Vieira Santiago

DIRETORES:

José Alan Teixeira da Rocha | José Sydrião de Alencar Júnior | Luiz Carlos Everton de Farias | Oswaldo Serrano de Oliveira | Paulo Sérgio Rebouças Ferraro | Stélio Gama Lyra Júnior

SUPERINTENDENTE JURÍDICO:

Henrique Silveira Araújo

**REVISTA JURÍDICA DO BANCO
DO NORDESTE****REDAÇÃO**

Área Jurídica

Ambiente Jurídico de Coordenação e Controle
Av. Pedro Ramalho, 5.700 | Passaré | CEP.:
60.743-902 | Fortaleza-CE | Brasil
Fone: (85) 3299.5272 | Fax: (85) 3299.3786

CONSELHO EDITORIAL

Henrique Silveira Araújo - Presidente
Maria dos Prazeres Farias
Isael Bernardo de Oliveira
Francisco Roberto Brasil de Souza
Marcel de Oliveira Franco Alvarenga
Welton Rodrigues Loiola
Jean Marcell de Miranda Vieira
George Felício Gomes de Oliveira
Cláudio Chaves Arruda

SECRETARIA EXECUTIVA

Ferdinand Andrade Lima Filho
Herbene Luna Revoredo

EQUIPE DE APOIO**Revisão Vernacular:**

Cremilda Maria Silveira Moreira

Normalização Bibliográfica:

Rossana Nascimento

Projeto Gráfico e Diagramação:

Vanessa Teixeira e Wendell Sá

RESPONSABILIDADE E REPRODUÇÃO

Os artigos publicados na Revista Jurídica do Banco do Nordeste são de inteira responsabilidade de seus autores. Os conceitos neles emitidos não representam, necessariamente, pontos de vista do Banco do Nordeste do Brasil S.A. Permite-se a reprodução parcial ou total dos artigos, desde que seja mencionada a fonte.

Mais Informações

SAC Banco do Nordeste / Ouvidoria

0800.728.3030

www.bnb.gov.br/faleconosco

revistajuridica@bnb.gov.br

Revista Jurídica do Banco do Nordeste

V. 1, Ano 1, N. 1. Banco do Nordeste do Brasil S.A, Fortaleza - Ceará.

Semestral

ISSN: 2236-8086

N. de páginas 414

1. Direito - Periódico 2. Doutrina 3. Jurisprudência 4. Atualização Legislativa

CDU - 34 (05)

Depósito Legal junto a Biblioteca Nacional conforme a
Lei nº 10.994 de 14/12/2004

Sumário

APRESENTAÇÃO

05

DOCTRINA

Sigilo Bancário de Informações, Dados e Documentos em Operações de Crédito Realizadas com Recursos Públicos Diante de Requisição Direta do Ministério Público, sem Prévia Autorização Judicial

Márcio Né de Mendonça Freire 09

Da Desconsideração da Personalidade Jurídica pela Administração Pública

George Felício Gomes de Oliveira 71

O Critério Espacial do ISSQN na Lei Complementar nº 116/03 e a Jurisprudência do STJ

Lilyan Cordeiro Mourão 103

A Responsabilidade do Advogado no Âmbito das Contratações Públicas

Juliana De Filippo Almeida 115

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão 744/2010 - Primeira Câmara 181

RECURSO ESPECIAL Nº 622.898 -SC (2004/0006471-1) 219

RECURSO ESPECIAL Nº 864.579 - SP (2006/0144458-6) 233

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4) 245

LEGISLAÇÃO

LEI Nº 1.649, DE 19 DE JULHO DE 1952	345
LEI Nº 7.827, DE 27 DE SETEMBRO DE 1989	357
LEI Nº 11.908, DE 3 DE MARÇO DE 2009	375
DECRETO Nº 7.153, DE 9 DE ABRIL DE 2010	383
LEI Nº 12.232, DE 29 DE ABRIL DE 2010	389

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

407

APRESENTAÇÃO

A coragem e ousadia de alguns, para sonhar, e a força e perseverança de muitos, para materializar este sonho, consagram o lançamento desta 1^a edição da Revista Jurídica do Banco do Nordeste.

A materialização deste sonho foi movida pela paixão e consciência cívica dos profissionais da Área Jurídica do Banco do Nordeste para o desempenho deste mister. Paixão pelo estudo da ciência jurídica e consciência cívica pela importância de se criar um veículo que possibilite o compartilhamento de ideias e ideais. Ademais, registre-se o apoio irrestrito da Alta Administração do Banco do Nordeste, que não mediu esforços no fornecimento de suporte material e imaterial para a concretização deste projeto.

Os que se aventuram na tarefa de criar um periódico, qualificado à propagação de conhecimentos jurídicos, deparam-se com a constante dúvida de como começar. Dúvida esta somente confortada pela publicação desta revista exatamente como está, pois *"condições de palácio tem qualquer terra larga, mas onde estará o palácio se não o fizerem ali?"*, nas poéticas palavras de Fernando Pessoa.

Eis aqui esta publicação, que ora surge no mundo jurídico, com o objetivo de permitir um debate qualificado da teoria e prática dos diversos ramos do Direito, notadamente aqueles relacionados às questões vivenciadas pelas Empresas Estatais (Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas).

Desta maneira, a Revista Jurídica do Banco do Nordeste está dividida em três seções. A primeira, dedicada à Doutrina; a segunda, à Jurisprudência; e a terceira, à Legislação.

Este primeiro número traz as colaborações dos profissionais que compõem a Área Jurídica do Banco do Nordeste, abordando temas os quais demonstram a variedade de assuntos que envolvem o cotidiano das Empresas Estatais.

Na seção doutrinária, contamos com a percutiente análise do dilema enfrentado diariamente pelas instituições financeiras na missão de preservação do sigilo das informações relacionadas às operações de seus clientes. Transita aqui, também, o estudo da possibilidade de a Administração Pública valer-se do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. E, ainda, outros dois artigos abordando a análise doutrinária e jurisprudencial da regra matriz de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, quanto ao seu aspecto espacial; e a responsabilidade do advogado no âmbito das contratações públicas, quanto à possibilidade de sujeição do emissor de pareceres à responsabilização pelos Tribunais de Contas.

Ao mesmo tempo, enriquece o presente periódico a seção de jurisprudência, abordando novas nuances de matérias enfrentadas no cotidiano do contencioso das instituições financeiras. Por sua vez, a seção de legislação traz a lei de criação do Banco do Nordeste do Brasil S/A, a lei que regula os Fundos Constitucionais de Financiamento, dentre outras relacionadas às questões das entidades estatais.

Assim, esperando que a Revista Jurídica do Banco do Nordeste se torne fonte de pesquisa para os operadores do Direito, agradecemos a colaboração de todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a concretização deste projeto, em razão de possuírem uma característica em comum: motivarem-se com os desafios.

Conselho Editorial

DOUTRINA

**REVISTA
JURÍDICA**
DO BANCO DO NORDESTE

Sigilo Bancário de Informações, Dados e Documentos em Operações de Crédito Realizadas com Recursos Públicos Diante de Requisição Direta do Ministério Público Sem Prévia Autorização Judicial

Márcio Né de Mendonça Freire

» Advogado do Banco do Nordeste
do Brasil S/A.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a questão do sigilo bancário no que se refere à competência do Ministério Público para requisitar diretamente às instituições financeiras oficiais informações, dados e documentos sigilosos quando se tratar de operações de crédito realizadas com recursos públicos. A matéria é abordada à luz da legislação, da doutrina, da jurisprudência e, em especial, do julgado do STF no MS 21.729-4/DF. Examina-se também o conflito aparente entre princípios e regras constitucionais, mais precisamente a dicotomia: princípio da publicidade x direito fundamental à privacidade e à intimidade.

PALAVRAS-CHAVE:

Informações Sigilosas. Requisição - Ministério Público. Recursos Públicos. Autorização - Judicial.

SUMÁRIO:

Introdução - 1. Ministério Público e legislação conexa - 2. Lei Complementar nº 105/01 - Lei especial de regência da matéria “sigilo bancário” - Impossibilidade de interpretação extensiva das exceções à regra do dever de sigilo - Atual entendimento do STF - 3. Disposições relativas ao Ministério Público, verificadas na Lei Complementar nº 105/01 - 4. Hipóteses de exceção ao dever de sigilo previstas na Lei Complementar nº 105/01 decorrentes de processos administrativos - 5. Análise quanto à possibilidade do fornecimento de informações sigilosas relativas a operações que utilizem recursos públicos diretamente ao Ministério Público, sem a intervenção do Poder Judiciário - 6. Conclusões - Referências.

INTRODUÇÃO

O sigilo bancário tem se caracterizado como assunto que frequentemente atormenta os profissionais da área jurídica de instituições financeiras públicas oficiais.

Mesmo após o advento da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que tratou do tema, criou-se uma celeuma de relevo quanto à interpretação (se extensiva ou restritiva) que se deveria atribuir ao texto da referida lei, notadamente quando contraposto o mesmo às legislações especiais que regulam as instituições fiscalizadoras e de investigação, tais como as do Tribunal de Contas da União – TCU (Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992), da Controladoria-Geral da União – CGU (Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001) e do Ministério Público Federal (Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993).

Os representantes das instituições financeiras públicas oficiais, por conseguinte, foram colocados em posição deveras indelicada, pois se faltarem com o dever de sigilo a que estão obrigados por força da Lei Complementar nº 105/01 ficam sujeitos às sanções estabelecidas no art. 10 (pena de reclusão de um a quatro anos, e multa), sem prejuízo das demais eventualmente cabíveis, de natureza cível (ações indenizatórias propostas por clientes que tenham seus direitos à privacidade, à intimidade ou ao sigilo de dados violados). Por outro lado, caso se neguem ao fornecimento dessas informações, dados e documentos às instituições fiscalizadoras e de investigação, ficam sujeitos às penalidades de cunho administrativo, penal, cível e pecuniário (multa), conforme se depreende da legislação citada, dentre outras.¹

¹ LEI N° 8.443/92 Art. 42. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto.
§ 1º No caso de sonegação, o Tribunal assinará prazo para apresentação dos documentos,

O presente estudo se propõe, assim, a fornecer elementos de reflexão, sem olvidar do importante papel conferido ao Ministério Público pela Carta Magna, no que tange às habituais requisições provenientes de membros do *Parquet*, feitas diretamente às instituições financeiras públicas oficiais (BNDES, CEF, Banco do Brasil, BNB, BASA, dentre outras), de informações, dados e documentos albergados pelo dever do sigilo bancário, sob o argumento de que se trata de operações realizadas com verbas públicas, o que tornaria acessível o material sigiloso ao Ministério Público, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

informações e esclarecimentos julgados necessários, comunicando o fato ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis.

§ 2º Vencido o prazo e não cumprida a exigência, o Tribunal aplicará as sanções previstas no inciso IV do art. 68 desta lei.

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

[...]

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;

LEI N° 10.180/01 Art. 26. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado aos servidores dos Sistemas de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, no exercício das atribuições inerentes às atividades de registros contábeis, de auditoria, fiscalização e avaliação de gestão.

§ 1º O agente público que, por ação ou omissão, causar embaraço, constrangimento ou obstáculo à atuação dos Sistemas de Contabilidade Federal e de Controle Interno, no desempenho de suas funções institucionais, ficará sujeito à pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.

LEI COMPLEMENTAR N° 75/93

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

[...]

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

[...]

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

§ 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

O exame será procedido especialmente à vista do arresto proferido pelo Supremo Tribunal Federal - STF no MS nº 21.729-4/DF (principal argumento utilizado pelos representantes do Ministério Público para embasar juridicamente tais requisições diretas de informações, dados e documentos sigilosos, sem intervenção do Poder Judiciário) e da dinâmica legislativa, doutrinária e jurisprudencial verificada ao longo dos quase 15 (quinze) anos passados desde a lavratura do acórdão referido, até os dias atuais.

As considerações feitas no presente trabalho, embora focadas no Ministério Público Federal e Estadual, aplicam-se integralmente aos demais que integram a instituição Ministério Público no Brasil (Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios).

1 - MINISTÉRIO PÚBLICO E LEGISLAÇÃO CONEXA

O Ministério Público é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, competindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme estabelecido pelo caput do art. 127 da Constituição Federal.

Ainda de acordo com a Magna Carta:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Vê-se, de logo, que o Poder Constituinte, ao relacionar as atribuições e prerrogativas conferidas aos membros do *Parquet*, não excepcionou a regra constitucional contida nos incisos X e XII do art. 5º, em favor daqueles.

No âmbito federal, contudo, a regulamentação das funções dos membros do Ministério Público da União, do qual o Ministério Público Federal faz parte, foi procedida pela Lei Complementar nº 75/93 que, em seu bojo, previu:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

[...]

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

Na seara estadual, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), que estabeleceu normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados, apresentou semelhante disposição

normativa (alínea b, inciso I, do art. 26²).

Mais precisamente acerca das informações, registros, dados e documentos com *caráter sigiloso*, a Lei Complementar nº 75/93 preceituou que:

Art. 8º...

[...]

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

A Lei nº 8.625/93 não contém preceito similar ao § 2º, do art. 8º, da Lei Complementar nº 75/93. O § 2º do art. 26 da Lei nº 8.625/93³ define uma hipótese de responsabilidade do membro do Ministério Público, e não de autorização de quebra de sigilo.

Vale observar que as normas acima transcritas são as que embasam as requisições de informações, dados e documentos sigilosos pelos membros do Ministério Público Federal e Estadual diretamente às instituições financeiras.

Não se pode deixar de analisar a questão, no entanto, sob o enfoque da Lei Complementar nº 105/01, que dispôs em especial sobre o sigilo das operações de instituições financeiras.

2 Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

[...]

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

3 Art. 26. *omissis*.

[...]

§ 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

2 - LEI COMPLEMENTAR N° 105/01 - LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA DA MATÉRIA “SIGILO BANCÁRIO” - IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DAS EXCEÇÕES À REGRA DO DEVER DE SIGILO - ATUAL ENTENDIMENTO DO STF

Embora a Lei Complementar n° 75/93 e a Lei n° 8.625/93 contenham normas que preveem a possibilidade de os membros do Ministério Público Federal e Estadual obterem diretamente informações, registros, dados e documentos de caráter sigiloso, é patente que tal legislação não cuida em especial do sigilo bancário a que estão obrigadas as instituições financeiras.

De fato, lei especial sobre a matéria somente surgiu com a edição da Lei Complementar n° 105/01⁴, não podendo a mesma sucumbir ao teor do § 2º do art. 8º da Lei Complementar n° 75/93 e, tampouco, diante da dicção da alínea a) do inciso I do art. 26 da Lei n° 8.625/93, notadamente à vista das regras de resolução de conflitos das leis no tempo, disciplinadas pelo legislador infraconstitucional em nossa *lex legum* (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

O art. 2º, no seu *caput* e § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece que:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente

4 A Lei n° 4.595/64 dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, além de ter criado o Conselho Monetário Nacional, não constituindo lei especial sobre a matéria “sigilo bancário”. O art. 38 rezava sobre o sigilo bancário até a entrada em vigor da Lei Complementar n° 105/01.

o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” (destacou-se)

Como leciona Maria Helena Diniz⁵:

A ciência jurídica, ante o postulado da coerência do sistema, aponta critérios a que o aplicador deverá recorrer para sair da situação anormal. Tais critérios não são princípios lógicos, mas jurídico-positivos, pressupostos implicitamente pelo legislador, apesar de se aproximarem muito das presunções. A ordem jurídica prevê uma série de critérios para a solução de antinomias aparentes no direito interno, que são:

- 1) O hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre outra; [...]
- 2) O cronológico (*lex posteriori derogat legi priori*), que remonta ao tempo em que as normas começaram a ter vigência, restringindo-se somente ao conflito de normas pertencentes ao mesmo escalão.
- 3) O de especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), que visa à consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. [...]

Aplicando-se tais critérios ao presente caso, em se tratando de normas de mesmo nível hierárquico (ambas são leis complementares, em relação à Lei Complementar nº 105/01 e à Lei Complementar nº 75/93; e admitindo-se que inexiste hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, em relação à Lei Complementar nº 105/01 e à Lei nº 8.625/93), o conflito seria solucionado pelo critério cronológico ou pelo critério da especialidade. Nas duas situações, tem-se que a Lei Complementar nº 105/01 tanto é posterior como é especial em relação à Lei Complementar nº 75/93 e à Lei nº 8.625/93, em matéria de sigilo bancário.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

Respeitante à aplicação desses critérios legais, a prevalência da Lei Complementar nº 105/01 (Lei do Sigilo Bancário) sobre a Lei nº 8.625/93, em assunto de sigilo bancário, é ainda mais manifesta se for considerada a supremacia hierárquica normativa das leis complementares sobre as leis ordinárias, como defendem alguns.

Reforçando o entendimento exposto, registre-se que atualmente constitui entendimento do STF que todas as exceções ao dever de sigilo estão previstas na própria Lei Complementar nº 105/01. São exceções ao dever de sigilo bancário as hipóteses estabelecidas nos seguintes dispositivos: § 3º, do art. 1º; art. 2º; art. 3º; art. 4º; art. 5º; art. 6º; art. 7º e art. 9º.

Entende, pois, o STF que a Lei Complementar nº 105/01 rege a matéria “sigilo das operações de instituições financeiras” (sigilo bancário), de forma exaustiva, configurando-se como norma especial no que diz respeito à temática.

Esse entendimento fora firmado em aresto proferido por aquela Corte de Justiça, consubstanciado no MS 22.801-6/DF, no qual foi concedida a ordem para afastar determinações e penalidades do TCU impostas ao BACEN, restando assim ementado o acórdão:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.
BANCO CENTRAL DO BRASIL. OPERAÇÕES FINANCEIRAS.
SIGILO. 1. A *Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao tribunal de contas da união poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil.* O legislador conferiu esses poderes ao poder judiciário (art. 3º), ao poder legislativo federal (art. 4º), bem como às comissões parlamentares de inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. *Embora as atividades do*

TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na Lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no acórdão nº 54/97 - TCU - Plenário.” (Supremo Tribunal Federal STF; MS 22.801-6; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Menezes Direito; Julg. 17/12/2007; DJE 14/03/2008; Pág. 47) (destacou-se)

Mudando o que deve ser mudado, aplica-se o mesmo entendimento ao presente caso, notadamente quando o STF expressamente já rejeitou interpretação extensiva à Lei Complementar nº 105/2001.

Além da ementa, registre-se o que consignou o Ministro Menezes Direito em seu voto relator proferido no julgamento do MS nº 22.801-6/DF, ora reproduzido:

Como se vê dos artigos transcritos, referida Lei Complementar não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º).

Verifica-se, ainda, que a Lei Complementar em questão foi exaustiva acerca da matéria. Nessa hipótese, embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II,

da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, *não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário.*

Esclareço, ainda, que não se trata de sobrepor o interesse particular ao interesse público, mas, tão-somente, aplicar a legislação pertinente ao tema ‘sigilo das operações financeiras’, *tendo a Lei Complementar tratado exaustivamente da questão*, prevendo a possibilidade de quebra do sigilo bancário por determinação do Poder Judiciário (art. 3º), do Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º).” (destacou-se)

Destaque-se, porém, que a mesma orientação não é comungada por todos no mundo do direito, encontrando-se na doutrina posicionamentos opostos ao que fora firmado pelo STF no arresto acima indicado, no que diz respeito à natureza de lei especial atribuída à Lei Complementar nº 105/01.

É o que se constata, pois, na obra de José Paulo Baltazar Junior⁶, segundo o qual:

Como visto, *inexiste regra específica a respeito de sigilo financeiro*, tendo sido feito no item anterior um esforço para determinar a existência de fundamento constitucional na matéria. Aliás, ainda que existisse menção explícita na Constituição a respeito, provavelmente não desceria ela a detalhes, de modo

⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sigilo bancário e privacidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 72-73.

que não prescindiríamos de legislação infraconstitucional regulamentadora, hoje veiculada pela *LC nº 105, de 10 de janeiro de 2001, com a pretensão de ser uma lei geral sobre a matéria*. De acordo com a sua ementa, a LC nº 105/01: ‘Dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras e dá outras providências’. Esta lei regulamenta vários aspectos do sigilo financeiro, contendo normas de conteúdo administrativo, processual e penal.

[...] (destacou-se)

No mesmo trilhar é que se apresenta a assertiva de Márcia Haydée Porto de Carvalho⁷, senão observe-se: “A Lei Complementar 105/01 disciplina a matéria *de forma geral*. [...]” (destacou-se).

Assim, consoante atual entendimento do STF sobre a questão, a Lei Complementar nº 105/01 é especial e esgota o assunto referente ao sigilo bancário, nela estando contidas todas as exceções possíveis quanto à regra geral prescrita em seu art. 1º; noutro diapasão, parte da doutrina, como demonstrado, inclina-se à razão de que a Lei Complementar nº 105/01 é norma geral, sem embargo, portanto, de edição de normas especiais que, condicionadas a não contrariá-la, venham a complementá-la e descer às espécies.

Entre a doutrina e a jurisprudência, oriunda esta última da mais alta Corte do país, prefere-se a segunda, até porque a incumbência de dizer o direito em último plano, em matéria constitucional (e o sigilo das operações financeiras tem fundamento nos incisos X e XII, do art. 5º, da Constituição Federal), compete ao STF.

⁷ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Sigilo bancário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 171.

3 - DISPOSIÇÕES RELATIVAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO, VERIFICADAS NA LEI COMPLEMENTAR N° 105/01.

Partindo-se do pressuposto de que a Lei Complementar n° 105/01 é lei especial e contempla todas as possíveis exceções à regra geral do dever de sigilo das informações, dados e documentos detidos pelas instituições financeiras, cabe ser feita a verificação das hipóteses de exceção previstas na Lei Complementar n° 105/01 e a identificação daquelas que se aplicam ao Ministério Público.

São duas as disposições de exceção à regra do dever de sigilo concernentes ao Ministério Público estabelecidas na Lei Complementar n° 105/01: *a) o caput do art. 9º e b) o inciso IV, do § 3º, do art. 1º*, da Lei Complementar n° 105/01, abaixo transcritos:

Art. 1º As *instituições financeiras* conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º *Não constitui violação do dever de sigilo:*

[...]

IV - *a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;*" (destacou-se)

Art. 9º Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de *crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos.* (destacou-se)

O *caput* do art. 9º da lei em comento é claro e prevê de forma expressa e direta a obrigatoriedade de comunicação e de "fornecimento

dos documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos, ao Ministério Público, diante da ocorrência de crimes de ação pública ou de indícios da prática de tais crimes". O dispositivo se dirige claramente ao Banco Central do Brasil e à Comissão de Valores Mobiliários, e não diretamente às instituições financeiras.

O inciso IV, do § 3º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/01, por seu turno, faz referência direta às instituições financeiras, e menção indireta ao Ministério Público.

Consoante estabelece esse dispositivo de lei, a comunicação às autoridades competentes da prática de ilícito penal, inclusive com o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa, é medida que se impõe às instituições financeiras.

O entendimento predominante na doutrina é o de que o Ministério Público está incluso na expressão "autoridades competentes" da lei em voga.

Em comentário ao dispositivo em apreço, Márcia Haydée Porto de Carvalho⁸ afirma que:

A Lei Complementar 105/01, em seu art. 1º, § 3º, inc. IV, aponta como outra exceção do sigilo bancário a comunicação às autoridades competentes da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações e serviços bancários que envolvam recursos provenientes de qualquer ato criminoso.

Ante a Lei Complementar 105/01, tal hipótese se constituía em limite implícito ao sigilo bancário, visto que este não pode servir para proteger ações lesivas à sociedade e que, ademais,

⁸ CARVALHO, *op. cit.*, 2008, p. 172-173.

são contrárias aos princípios de boa-fé e probidade que norteiam os contratos. As *autoridades competentes* para receber dados bancários que comprovam a prática de ilícito penal ou administrativo, como se infere da própria Constituição Federal, são autoridades judiciais, delegados de polícia e *membros do Ministério Público, no caso de informe sobre eventual prática de crime, ...* (destacou-se)

Carlos Alberto Hagström⁹, por sua vez, tece as seguintes considerações acerca do tema:

Este inciso introduz significativa mudança em relação à legislação anterior. Esta, como é sabido, apenas permitia a comunicação ao Ministério Público, pelo Banco Central e pela CVM, de condutas delituosas - crimes de ação pública, em geral, e crimes contra o sistema financeiro - apuradas no desempenho de suas respectivas atribuições (Lei nº 4.728, de 1965, art. 4º, § 2º; Lei nº 6.385, de 1976, art. 12; Lei nº 7.492, de 1986, art. 28). *Permite-se, agora, a comunicação, 'às autoridades competentes'*, não apenas de crimes, mas, também, de ilícitos administrativos.

É norma, como se vê, de conteúdo amplo, realçado, ainda, pela segunda oração ('abrangendo o fornecimento de informações ...'). Pode-se afirmar, também, que essa norma insere-se, de certa forma, no quadro de combate aos crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492), à improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2/06/1992), ao crime organizado (Lei nº 9.034, de 1995) e à lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613, de 1998).

A hipótese, de outro lado, teve alcance diverso daquela tratada no art. 9º da lei comentada. Ali há um dever legal imposto apenas aos crimes de ação pública, tendo a comunicação destino específico (o Ministério Público). Aqui, neste inciso, não há essas três limitações. Assim, estão legitimados para efetuar a comunicação, além dos órgãos fiscalizadores, todos aqueles que tenham acesso

⁹ HAGSTRÖM, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do sigilo bancário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 254-256.

às informações sigilosas, principalmente, é óbvio, as próprias instituições financeiras e seus representantes (controladores, administradores, empregados etc).

[...]

Cabe indagar, ademais: *como deve ser entendida a expressão ‘autoridades competentes’?* Creio que a resposta a essa questão deve levar em conta a amplitude do preceito. *Autoridades competentes serão os órgãos públicos e seus agentes, com atribuições para conhecer do assunto tratado:* a autoridade tributária, se de ilícito fiscal se cuidar; o órgão a que pertença o agente inculpado por ato de improbidade etc.

Em se tratando de crime, apesar de inexistir, aqui, a limitação pertinente ao destinatário da comunicação, como no caso do art. 9º, parece-me que, por uma questão de uniformidade, a comunicação deve ser dirigida ao MP.” (destacou-se)

Assim, diante da prática de um ilícito penal, as instituições financeiras têm o dever de comunicar o fato ao Ministério Público e fornecer informações sobre as operações que envolverem recursos provenientes da prática criminosa, constituindo a hipótese como de exceção ao dever de sigilo consignado na Lei Complementar nº 105/01.

Daquilo que se expôs, pode-se concluir que a Lei Complementar nº 105/01 apresenta apenas duas disposições de exceção à regra do dever de sigilo, relacionadas ao Ministério Público (o caput do art. 9º e o inciso IV, do § 3º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/01). Entretanto, apenas uma delas (o inciso IV, do § 3º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/01) se dirige às instituições financeiras, dotando-lhes do *dever de comunicar o fato e fornecer informações às autoridades competentes (entre as quais se inclui o Ministério Público), diante da constatação da prática de ilícitos penais ou administrativos, em operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa.*

Pela letra da Lei Complementar nº 105/01, afora essas hipóteses, o fornecimento de informações, dados e documentos sigilosos, sem o consentimento dos interessados e sem autorização judicial, a membro do Ministério Público, constitui violação ao dever de sigilo, sujeitando-se o responsável pelo fornecimento indevido às penas previstas no art. 10¹⁰, da Lei Complementar nº 105/01.

Registre-se, que o próprio teor do art. 10 supramencionado conduz ao entendimento de que a Lei Complementar nº 105/01 efetivamente tratou do tema *sigilo das operações de instituições financeiras*, de modo especial, ao ressaltar que a tipificação do delito somente resta configurada quando a quebra do sigilo ocorrer “fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar” (destacou-se).

4 - HIPÓTESES DE EXCEÇÃO AO DEVER DE SIGILO PREVISTAS NA LEI COMPLEMENTAR N° 105/01 DECORRENTES DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Todas as hipóteses de exceção ao dever de sigilo em decorrência de instauração de processo ou procedimento administrativo estão previstas na Lei Complementar nº 105/01, não se identificando qualquer delas que se refira a processo ou procedimento administrativo no âmbito do Ministério Público.

Efetivamente, o art. 2º e seus parágrafos estabelecem a possibilidade de fornecimento de informações sigilosas ao *Banco Central do Brasil* -

10 Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

BACEN e à Comissão de Valores Imobiliários - CVM em inquéritos abertos para a apuração de ilícitos, no âmbito administrativo; o § 1º, do art. 3º, permite a prestação de informações e documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo formada na seara do *órgão ou ente da Administração Pública competente*, destinada a apurar a responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido; e finalmente o art. 6º faculta o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras por parte das *autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e esses exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Tirante os casos expressamente indicados pela legislação vigente, o fornecimento de informações, dados e documentos sigilosos, sem o consentimento dos interessados e sem autorização judicial, em processo ou procedimento administrativo, *constitui violação ao dever de sigilo*, sujeitando-se o responsável pelo fornecimento indevido às penas previstas no art. 10, da Lei Complementar nº 105/01, antes mencionado.

5 - ANÁLISE QUANTO À POSSIBILIDADE DO FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS RELATIVAS A OPERAÇÕES QUE UTILIZEM RECURSOS PÚBLICOS DIRETAMENTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO, SEM A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A jurisprudência nacional, sem tecer considerações acerca da natureza dos recursos (se públicos ou privados), tem se apresentado

de forma uníssona no sentido de que o Ministério Público não possui autoridade para requisitar diretamente às instituições financeiras, sem a intervenção do Poder Judiciário, informações, dados e documentos que envolvam o sigilo de terceiros.

É o que se verifica dos julgados abaixo:

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. *Instituições Financeiras. Sigilo bancário. Quebra. Requisição. Illegitimidade do Ministério Público. Necessidade de autorização judicial. Jurisprudência assentada.* Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar a agravante a pagar multa ao agravado. (STF - RE-AgR 318136 RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - 2ª Turma, 12.09.2006) (destacou-se)

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. MEDIANTE ORDEM JUDICIAL. PRECEDENTES. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão recorrido limitou-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - *Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a.* Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, inocorrendo o contencioso constitucional. III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que

autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional. V. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93 da Constituição: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. VI. - *O entendimento desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de não possuir caráter absoluto a garantia dos sigilos bancário e fiscal, sendo facultado ao juiz decidir acerca da conveniência da sua quebra em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal.* Precedentes. VII. - Agravo não provido. (STF - AI-AgR 541265 AI-AgR - AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 2^a Turma, 04.10.2005) (destacou-se)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EVASÃO DE DIVISAS E SONEGAÇÃO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO JUDICIÁRIA PARA COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS EM OUTROS INQUÉRITOS QUE NÃO SE ESTENDE A FUTURAS QUEBRAS DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. REQUISIÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. RECURSO PROVIDO.

1. *Os membros do Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, não estão autorizados a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada dos cidadãos.*
2. *A despeito de o sigilo das informações fiscais e bancárias não ser absoluto, uma vez que pode ser mitigado quando haja preponderância de interesse público, notadamente da persecução criminal, o próprio texto constitucional (art. 5º, inciso XII) exige a prévia manifestação da autoridade judicial, preservando, assim, a imparcialidade da decisão.*

3. A autorização judicial para compartilhamento de dados e documentos obtidos nos autos de inquéritos policiais já instaurados, não valida, absolutamente, a futura requisição de dados sigilosos diretamente ao Fisco ou às Instituições Financeiras.

4. *Recurso provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas colhidas diretamente perante o Fisco sem autorização judicial.* (STJ - RHC 26.236/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010) (destacou-se)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATOS INVESTIGATÓRIOS PRATICADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO CIVIL. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. RELATÓRIO DE AUDITORIA INTERNA. OPERAÇÕES DE CRÉDITO FIRMADAS POR INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO E COMERCIAL. INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. *O Ministério Público, no exercício do poder-dever de investigação, ostenta legitimidade para requerer ao Poder Judiciário informações necessárias à promoção de Inquérito Civil e de Ação Civil Pública, a teor do que dispõem os art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal; e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993.* Precedentes do STJ: HC 47.757/PA, 5ª Turma, DJ 12/12/2005 ; RMS 15.552/SP, 5ª Turma, DJ 19/12/2003; RMS 12131/RR, 1ª Turma, DJ de 10/09/2001; MC 5512/RS, 5ª Turma, DJ de 28/04/2003; RMS 8716/GO, 1ª Turma, DJ 25/05/1998; RMS 7423/SP, 1ª Turma, DJ de 03/11/1997.

2. Ademais, a quebra de sigilo bancário é admitida, excepcionalmente, nas hipóteses em que se denotem a existência de *interesse público superior*, posto proteção não consubstancial a direito absoluto a sobrepor-se ao interesse coletivo.

3. O art. 38 da Lei 4.595/64 (Lei do Sistema Financeiro Nacional) previa a quebra de sigilo bancário e fiscal, sendo certo que, com o advento da Lei Complementar 105, de 10/01/2001, culminou por ampliar as hipóteses de exceção do sigilo (§§ 3º e 4º do art. 1º), permitindo o Poder Legislativo e a CPI obterem informações das instituições financeiras, sem a interferência do Poder Judiciário, revelando inequívoca intenção do legislador em tornar a quebra do sigilo bancário instrumento eficiente e necessário nas investigações patrimoniais e financeiras tendentes à apuração da autoria dos atos relacionados com a prática contra o erário de condutas ilícitas, como soem ser a improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito e os ilícitos fiscais. Precedentes jurisprudenciais do STF: RE nº 219780/PE, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 10.09.1999 e do STJ: REsp 943.304/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18/06/2008; RMS 15364/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 10.10.2005; RHC 17353/SP, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 29.08.2005; RMS 18445/PE, Relator Ministro Castro Filho, DJ de 23.05.2005; MC 2981/PE, desta relatoria, DJ de 28.02.2005.

4. Deveras, o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada, este sim, com força de natureza absoluta. A regra do sigilo bancário deve ceder todas as vezes que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, por quanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. *O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos.*

5. In casu, revela-se descabida a insurreição do *Banco do Brasil* contra a decisão judicial que determinou a apresentação de documentos, relativos à auditoria realizada nas operações de crédito firmadas entre a instituição bancária in foco e empresas correntistas, necessários à instrução de procedimento investigatório (Inquérito Civil) engendrado pelo Ministério

Público Federal, notadamente porque o direito à intimidade, que é espécie de direito à privacidade, não consubstancia direito absoluto a sobrepor-se ao interesse coletivo, à luz do princípio da proporcionalidade.

6. Recurso Especial desprovido, garantindo-se o respeito ao sigilo bancário no âmbito do processo sub judice. (STJ - REsp 1060976/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 04/12/2009) (destacou-se)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTES DENUNCIADOS POR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISO I DA LEI 8.137/90). ALEGAÇÃO DE PEÇA ACUSATÓRIA PAUTADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. PARECER MINISTERIAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. Esta Corte assentou o entendimento de que, em princípio, são válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos a fim de instruir os seus procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia, ex vi do art. 129, VI e VIII da CF e do art. 26, I, b da Lei 8.625/93 2. Entretanto, a requisição de informações ou documentos de qualquer autoridade, quando disser respeito à intimidade das pessoas, deve, necessariamente, ser feita mediante prévia autorização judicial, a fim de se compatibilizar o poder investigatório do Ministério Público com os referidos direitos fundamentais. Precedentes do STJ. 3. Na hipótese, mediante a simples leitura da exordial acusatória e dos documentos constantes dos autos, constata-se inexistir a mácula apontada na inicial. Além de descrever a conduta e enumerar os rendimentos omitidos, em tese, nas declarações de imposto de renda pessoa jurídica, baseou-se em prova obtida de forma lícita, uma vez que solicitou judicialmente e obteve a autorização para efetuar

a quebra do sigilo bancário da empresa cujos recorrentes eram sócios responsáveis. 4. A imputação feita aos recorrentes lhes atribui o cometimento de ilícitos penais complexos, que envolvem o interesse público, cujo deslinde demanda aprofundada dilação probatória para o esclarecimento da verdade, sendo prudente o desenvolvimento do processo, com a garantia do pleno contraditório. 5. Recurso Ordinário desprovido, em consonância com o parecer ministerial.

(STJ - QUINTA TURMA - RHC 200900557578 RHC - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS - 25789 - NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - DJE DATA:28/09/2009) (destacou-se)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. QUEBRA DE SIGILO FISCAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE I - A proteção ao sigilo bancário e fiscal não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de *interesse público relevante* ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa (Precedentes).

II - Entretanto, o *Ministério Público não tem legitimidade para proceder a quebra de sigilo bancário e fiscal sem autorização judicial* (Precedentes).

Recurso desprovido. (STJ - RMS 25.375/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2008, DJe 07/04/2008) (destacou-se)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA INSTRUIR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS DE MÚTUO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RELAÇÕES JURÍDICAS ABRANGIDAS PELO CONCEITO DE OPERAÇÃO FINANCEIRA. REQUISIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. JUSTIFICATIVA EFICAZ NÃO-CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL INSCRITO NO

ART. 10 DA LEI 7.347/85. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Os contratos de mútuo firmados com a Caixa Econômica Federal estão abrangidos pelo conceito de operação financeira que se extrai do § 1º do art. 5º da Lei Complementar 105/01. 2. *O Ministério Público não possui legitimidade para requisitar documentos que impliquem quebra de sigilo bancário. Precedentes do STF.* 3. A justificativa eficaz para o não-atendimento à requisição do Ministério Público afasta a configuração do tipo penal inscrito no art. 10 da Lei 7.347/85. 4. Recurso especial provido para restabelecer a decisão proferida pelo Juízo de 1º grau. (STJ - QUINTA TURMA - RESP 200400241007 - RESP - RECURSO ESPECIAL - 633250 - LAURITA VAZ - DJ DATA:26/02/2007 PG:00632) (destacou-se)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO. AUTORIDADE COATORA: PROCURADOR DA REPÚBLICA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO. NÃO CESSAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO. 1. A Constituição Federal não dotou o Ministério Público do poder de requisitar diretamente informações e dados bancários. 2. O art. 129, VIII, da Constituição de 88, não autoriza o Ministério Público quebrar, diretamente, o sigilo bancário das pessoas, físicas ou jurídicas. 3. Não comete o crime de desobediência o gerente de instituição bancária que se recusa a fornecer ao Ministério Público dados bancários tidos por sigilosos. 4. O fato de o Ministério Público, após ter requisitado a abertura de inquérito contra o gerente de instituição bancária que se lhe nega a fornecer dados bancários sigilosos, ter requerido o arquivamento, não faz cessar o constrangimento ilegal, uma vez que o inquérito pode não vir a ser arquivado. 5. Habeas corpus concedido para trancar o inquérito policial por falta de justa causa. (TRF1 - TERCEIRA TURMA - HC 200701000017100 HC - HABEAS CORPUS - 200701000017100 - DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO - j. 26/02/2007 - DJ DATA:09/03/2007 PAGINA:15) (destacou-se)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. 1. Resguarda a Constituição Federal, art. 5º, inc. XII, o direito à privacidade, cabendo ao Poder Judiciário, exclusivamente, como, quando e de que forma esse direito pode ser quebrado. Não faz a Constituição diferenciação entre o direito ao sigilo bancário e o direito ao sigilo fiscal. 2. Não tem o Ministério Público atribuição para proceder a quebra de sigilos bancário e fiscal. (TRF1 - TERCEIRA TURMA - AG 200601000153605 AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200601000153605 - DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO - j. 21/08/2006 - DJ DATA: 25/08/2006 PAGINA:79) (destacou-se)

PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS - PROCURADOR DA REPÚBLICA - SIGILO BANCÁRIO - LC 105/01 - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO - MINISTÉRIO PÚBLICO - IMPOSSIBILIDADE - ORDEM CONCEDIDA, PREVENTIVAMENTE. 1. A hipótese de "quebra administrativa" está regulada na LC 105/01, mas apenas à Receita Federal do Brasil é garantida essa prerrogativa. Exceção que não comporta leitura interpretativa. 2. A norma constitucional prevista no artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal não exime o Ministério Público do dever de buscar, perante o Poder Judiciário, a autorização para a quebra do sigilo bancário. 3. Vêm nossos Tribunais decidindo no sentido de que a criação de novas hipóteses de quebra de sigilo bancário, não previstas na Lei Complementar 105/01, ou a forma de acesso das informações bancárias sigilosas, só pode ser fruto de Lei Complementar, não de Lei Ordinária, da Lei Orgânica do Ministério Público. Além disso, o artigo 26, inciso II, da Lei 8625/93 contém autorização genérica, que não afasta a execução da proibição de violação de sigilo. O § 2º desse mesmo artigo define uma hipótese de responsabilidade do membro do Ministério Público, não de autorização de quebra de sigilo. O acesso a informações bancárias, cobertas pelo sigilo, pode e deve ser obtida pelo Ministério Público através do Poder

Judiciário. 4.Ordem concedida. (TRF3 - QUINTA TURMA - HC 200803000056660 HC - HABEAS CORPUS - 31142 - JUIZA RAMZA TARTUCE - j. 01/09/2008 - DJF3 DATA: 23/09/2008) (destacou-se)

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DIRETAMENTE AO BANCO CENTRAL DO BRASIL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INQUÉRITO POLICIAL. NECESSIDADE DE CONTROLE JUDICIAL PRÉVIO. 1. A Constituição Federal de 1988, inscreve, no artigo 5º, inciso X, o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada e complementa, no inciso XII, com a garantia da inviolabilidade do sigilo de dados, com o objetivo de proteger a pessoa contra a força do poder público e, principalmente, contra a inexorável força impositiva do poder político. Contudo, o direito ao sigilo não se reveste de caráter absoluto, podendo ser mitigado em face de interesse público relevante e nem poderia ser diferente, quanto os direitos e garantias individuais e coletivos hão, necessariamente, de harmonizar-se com o exercício de competências constitucionais atribuídas ao poder público. 2. A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, de aplicação na espécie, dispõe, no artigo 38 e §§ 5º e 6º, que o sigilo protege as operações ativas e passivas das instituições financeiras, não estando, em princípio, obrigadas a prestar informações, salvo se presentes dois requisitos essenciais, quais sejam, a existência de procedimento fiscal já instaurado e que as informações sejam indispensáveis para a consecução dos fins visados pelo fisco. 3. No caso dos autos, as autoridades impetradas, membros do Ministério Público Federal, fizeram requisição, por meio de ofício, diretamente ao Delegado Regional do Banco Central do Brasil, para que este diligenciasse junto às instituições financeiras, solicitando o envio de documentos que, se remetidos, implicariam violação do sigilo bancário e fiscal dos impetrantes, sendo certo que sustentaram o pleito de diligências nas normas contidas nos artigos 7º, inciso

II, e 8º, incisos II e IV, e §§ 1º e 2º, da Lei Complementar nº 75/93, a Lei Orgânica do Ministério Público da União. 4. Ocorre que, *em nenhum momento as mencionadas regras autorizam a quebra do sigilo bancário, sem autorização judicial*, sendo esta instituída como mecanismo de garante dos direitos e garantias individuais e não, evidentemente, como empecilho para a atuação de qualquer autoridade. 5. Da mesma forma, *a quebra do sigilo, diretamente pelo órgão do Ministério Público, sem a intervenção judicial, não encontra guarida na norma inscrita no artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, posto que a mesma somente autoriza a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial*, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. 6. Em face disso, a conduta das autoridades impetradas não se fez reverente ao princípio da proteção do sigilo, pois, *este somente se afasta em face de interesse público relevante, mediante ordem judicial*, necessária para a aferição da justa causa da medida pretendida. Ainda que se reconheça tenham os impetrados poderes para investigar as origens de eventuais recursos movimentados pelos impetrantes, *tais atribuições devem, necessariamente, ser exercidas dentro dos limites estritos da Constituição e das leis de regência da matéria*. 7. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF3 - TURMA SUPLEMENTAR DA SEGUNDA SEÇÃO - AMS 95030504635 AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 164386 - JUIZ VALDECI DOS SANTOS - j. 24/07/2008 - DJF3 DATA: 06/08/2008) (destacou-se)

Percebe-se, inclusive, que mesmo se denotando a possibilidade de o Ministério Público obter informações e documentos de terceiros (sigilosos), isso somente ocorre de forma excepcional, comprovado o interesse público relevante ou superior, e por intermédio do Poder Judiciário.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que serve de suporte às requisições feitas pelos membros do Ministério Público diretamente às

instituições financeiras públicas oficiais fora proferida no ano de 1995 (portanto, seis anos antes da edição da Lei Complementar nº 105/01), em sede de mandado de segurança (em caso concreto), no qual a magnânima Corte se manifestou no seguinte sentido:

Mandado de Segurança. Sigilo bancário. *Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal.* Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. *Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo,* a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, *por estarem protegidos pelo sigilo bancário*, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. *Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público.* Princípio da publicidade, art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização

da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido. (STF - MS 21.729-4/DF - MS - MANDADO DE SEGURANÇA - Ministros Marco Aurélio - Relator, e Francisco Rezek - Redator para o acórdão - Plenário, julg. em 05.10.95). (destacou-se).

Nesse julgado, a colenda Corte Suprema decidiu pela denegação da segurança, limitando-se ao caso concreto, em apertada votação: foram 6 (seis) votos contra (Ministros Francisco Rezek, Octavio Galloti, Néri da Silveira, Sidney Sanches, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence - Presidente) e 5 (cinco) votos a favor da segurança requerida pelo Banco do Brasil (Ministros Marco Aurélio - Relator, Maurício Corrêa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Veloso).

A questão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no entanto, não é unânime e nem pacífica, como fazem crer, de um modo geral, os membros do Ministério Público. A respeito da temática, Fabiano Ferreira Furlan¹¹ leciona que:

Evidencia-se a sustentação de três posições. A primeira posição sustenta a impossibilidade da quebra direta do sigilo bancário na oportunidade. A segunda defende a possibilidade da quebra direta e a terceira, por sua vez, cria uma situação intermediária, ora admitindo a aludida quebra sem autorização judicial, ora a rejeitando.

Os que não admitem a quebra direta aliaram-se ao próprio posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

O Supremo Tribunal Federal passou a entender que o Ministério Público não poderia efetuar a quebra direta da Constituição Federal, como ocorreu com as Comissões Parlamentares de Inquérito, além do fato de estar afetado pela parcialidade (STF, RE nº 215.301/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, julgam. 13 de abril

11 FURLAN, Fabiano Ferreira. *Sigilo bancário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 100-104.

de 1999, DJ, 28 maio 1999, segunda turma).

O STF conclui ainda que, como o sigilo bancário está inserido no direito à privacidade (art. 5º, X, da CF), estar-se-ia violando um direito fundamental.

Tratando-se de possibilidade que viola um direito fundamental, apenas uma previsão expressa poderia atribuir ao Ministério Público a possibilidade de quebrar diretamente o sigilo, pois a hermenêutica constitucional determina que as cláusulas limitadoras de direitos constitucionais devem ser interpretadas restritivamente.

[...]

No mais, a quebra direta do sigilo bancário pelo Ministério Público levaria à violação do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) e de outros princípios intimamente ligados àquele, como o do contraditório, ampla defesa e inafastabilidade do Poder Judiciário.

Como ainda atua, na maioria das vezes, sendo parte, não poderia requisitar diretamente documentos aparados pelo sigilo bancário, sob pena de violação do princípio da isonomia. (ROCHA; SILVA, 2004, p. 224).

[...]

A idéia de que os membros do Ministério Público não podem efetuar a quebra direta, assim, é a posição predominante, acolhida pela doutrina e pela jurisprudência (STF, Pet 2700, AgR/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, julgam. 29 de outubro de 2002, DJ, 11 abr. 2003, segunda turma. STJ, RMS 17.249/rj, Rel. Min. Paulo Medina, julgam. 04 de abril de 2006, DJ, 12 junho 2006, sexta turma, noticiado no informativo 280/2006. STJ, HC n° 24.577/PE, Rel. Min. Paulo Medina, julgam. 19 de dezembro de 2003, DJ, 1 mar. 2004, sexta turma. STJ, HC N° 2.352/RJ, Rel. Min. Assis Toledo, julgam. 13 de abril de 1994, DJ, 9 maio 1994, quinta turma).

Os que defendem a quebra direta do sigilo bancário pelo Ministério Público argumentam que a Constituição Federal

expressamente autorizou a instituição a fazê-lo, conforme se pode observar do disposto no seu art. 129, inciso VI, e mesmo no inciso VIII (PACHECO, 2005, p. 955):

[...]

Por fim, não estando sujeito à reserva de jurisdição, o Ministério Público poderia quebrá-lo diretamente (FREIRE JÚNIOR, 2003, p. 19).

É a posição minoritária."(destacou-se)

O mesmo autor¹², embora se manifeste favoravelmente à corrente minoritária, ainda assere que:

Há quem sustente a defesa de uma posição intermediária ao asseverar que *a possibilidade de quebra direta só estaria autorizada quando o caso concreto referir-se ao desvio de verbas públicas sob o fundamento de que o princípio da publicidade prevaleceria sobre o da privacidade*, nos moldes de antigo precedente do Supremo Tribunal Federal (CARVALHO, 2007, p. 229).

É que o STF, por maioria de votos, já chegou a reconhecer a possibilidade de quebra direta do sigilo bancário pelo Ministério Público quando estava em jogo a defesa do patrimônio público e o envolvimento de dinheiro público (STF, MS N° 21.729-4/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, julgam. 5 outubro de 1995, DJ, 19 out. 2001, pleno); porém, *a decisão é antiga, embora publicada seis anos depois. A decisão é anterior à redação da Lei Complementar nº 105/2001 e não tende a ser repetida na dinâmica atual de tratamento da matéria, ainda mais quando a composição do STF foi sensivelmente alterada desde então.* (destacou-se)

Por seu turno, José Paulo Baltazar Junior¹³, sobre o tema, tece as seguintes considerações:

12 FURLAN, *op. cit.*, 2008, p. 105.

13 BALTAZAR JÚNIOR, *op. cit.*, 2005, p. 138; 140-143.

É controvertida a questão do acesso do membro do Ministério Público a informações financeiras, sem autorização judicial.

[...]

Atualmente, o fundamento constitucional para o poder de requisição ministerial é o inciso VIII do art. 129 da Constituição, que confere ao Ministério Público o poder de requisitar diligências investigatórias.

[...]

De fato, *quanto ao Ministério Público, é majoritária a jurisprudência pela impossibilidade da quebra de sigilo financeiro sem autorização judicial*, ao argumento de que: ‘Somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa’ (STF, RE nº 215.301/CE, 2^a. T., Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.5.99, p. 24 e STJ, Resp. 90.275/CE, Rel. Min. Willian Patterson, 6^a. T., um., DJ 2.12.96, p. 47.732). Desse modo, predomina o entendimento no sentido de que pode o Ministério Público tão-somente requerer ao Poder Judiciário a quebra de sigilo financeiro, seja nos autos de inquérito, ou em procedimento investigatório administrativo instaurado no âmbito do próprio órgão [...] , mas não determinar às instituições financeiras o fornecimento dos documentos, nem exigir o acesso, sem autorização judicial.

[...]

... é interessante observar que o STF, embora entenda que inexiste reserva de jurisdição na matéria, interpretou a legislação referente ao Ministério Público no sentido de que não foi concedido tal poder ao contrário do que ocorre com a CPI, cujos poderes investigatórios decorrem diretamente da Constituição. Necessário, porém, o registro de que o STF, ao julgar mandado de segurança impetrado por instituição financeira, entendeu, *por escassa maioria de um voto*, não ser oponível ao Ministério Público o sigilo financeiro, *no caso concreto*, diante da origem pública de parte do dinheiro envolvido nas operações, *levando*

em conta o princípio da publicidade insculpido no art. 37 de Constituição, ...

[...]

... Mesmo para a corrente vencedora, porém, não se adotou posição no sentido da possibilidade ampla de requisição de tais documentos pelo Ministério Público. ..." (destacou-se)

Consolidando as manifestações doutrinárias, citem-se os ensinamentos de Carlos Alberto Hagström¹⁴:

10 - Operações com recursos públicos

Com relação a outras exceções ao dever de sigilo, é oportuno colocar, aqui, delicada questão: *o problema do sigilo bancário em relação a recursos públicos e aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais o da publicidade*, nos termos do art. 37 da CF...

Desde logo, é preciso ter em conta que *o princípio constitucional da publicidade dos atos da Administração Pública deve ser considerado caso a caso, presente a ressalva de que, embora deva ser observado com rigor, não é um princípio absoluto*. Com efeito, *ele pode ser excepcionado 'quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade.'*

Por isso não é possível afirmar-se, como já presenciei, que as instituições financeiras públicas (estaduais ou federais), pela condição de integrantes da Administração Pública, devem ao público ampla 'disclosure', estando o dever de sigilo, em relação a elas, attenuado.

Na verdade, [...], as operações das instituições financeiras públicas, salvo certas exceções, estão, como as operações de todas as demais, sujeitas ao sigilo bancário. *Prevalece, nesse*

¹⁴ HAGSTRÖM, *op. cit.* 2009, p. 266-268.

caso, um interesse público maior, que resulta na preservação das instituições financeiras, em benefício do bem funcionamento do sistema financeiro, ...

[...]

... o tema foi suscitado pela primeira vez nos tribunais no MS nº 21729-4, impetrado pelo Banco do Brasil perante o STF...

Ao final, decidiu o STF, em *apertada votação (seis votos contra cinco)*, que não havia sigilo a proteger, no caso, porque as operações envolviam recursos públicos, à conta do Tesouro Nacional, prevalecendo, então, o princípio da publicidade...

[...]

Como se depreende da leitura dos votos, das publicações alusivas ao julgamento (DJ de 16/10/1995 e de 19/10/2001) e do próprio score da votação, *a decisão não foi incontroversa. A ementa do acórdão, somente publicada seis anos após o julgamento,* (destacou-se)

Procedendo-se a um exame mais acurado da decisão proferida pelo STF no MS nº 21.729-4/DF verificam-se os seguintes argumentos destacados dos votos dos Ministros que concediam a segurança:

Voto do Ministro Relator Marco Aurélio

[...]

Ninguém coloca em dúvida os objetivos institucionais do Ministério Público. Todavia, a teor da regra insculpida no inciso VI do artigo 129 em comento, cumpre-lhe, tão-somente, requisitar informações e documentos visando a instruir quer os procedimentos administrativos, quer os inquéritos policiais. Ora, *existente norma legal impõe o sigilo de dados, desabafa concluir que o órgão do Ministério Público, ou seja, o profissional que o integre, é assegurado o acesso, em nome do órgão, às informações protegidas pelo sigilo.* [...] - *o afastamento da inviolabilidade quanto aos dados pressupõe ordem emanada de órgão investido do ofício judicante.*

[...]

Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial. [...]. (destacou-se)

Voto da diligência do Ministro Relator Marco Aurélio

... concluo que, na verdade, ocorre a participação do erário visando a mitigar as altas taxas de juros e encargos praticados no mercado. *Todavia, para mim, este dado não altera a solução do mandado de segurança.* Conforme tive a oportunidade de consignar no voto anteriormente proferido, o sigilo em comento consubstancia direito e garantia previstos na Carta Política da República, cujo afastamento somente é possível via atuação de órgão investido do ofício judicante. A norma constitucional não distingue considerada a origem das informações, nem tendo presente a natureza dos recursos envolvidos, valendo notar que o alijamento da garantia constitucional somente deve ocorrer em casos excepcionais, a critério de órgão eqüidistante, como é todo aquele que integra o Judiciário. [...] (destacou-se)

Voto do Ministro Maurício Corrêa

[...]

1.1 A autoridade impetrada respalda a exigência no art. 129, VI, da Constituição e no art. 8º, II e IV e seu § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93 e afirma que 'os incisos citados aludem a autoridades da administração indireta - sem excluir as empresas públicas e sociedades de economia mista - e as entidades privadas'.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte, consolidada e cristalizada a partir do julgamento dos citados MS nº 1.047-SP e nº 1.959-DF, é rica em precedentes que nunca deixaram de entender que o sigilo bancário é um direito individual não absoluto, podendo ser rompido somente em casos especiais onde há prevalência do interesse público e, mesmo assim, por determinação judicial. [...]

[...]

7. Entendo que *esta competência excepcional de jurisdição extraordinária não foi concedida ao Ministério Público pelo art. 129, VI, da Constituição*, [...]

7.1 A Constituição outorgou ao Ministério Público novos e amplos poderes para o desempenho de suas elevadas funções, mas *não foi tão longe ao ponto de lhe dar competência para exercer jurisdição extraordinária, como fez com as comissões de inquérito*. Para tanto, é importante considerar que *a atividade típica do Ministério Público se desenvolve perante o Poder Judiciário, onde deve postular pelas providências que entender necessárias*. [...]

8. Senhor Presidente, os 17 (dezessete) precedentes aqui examinados ou apenas mencionados permitem extrair com segurança a doutrina desta Corte firmada no transcorrer de quase cinqüenta anos, sendo de se notar que ela está calcada em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; o segundo princípio informa que *a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial*.

[...]

9. Presentes estes fundamentos, *não vejo como acolher a tese que dá interpretação ampliativa ao art. 129, VI, da Constituição, a ponto a entender que nele está contida autorização para a quebra do sigilo bancário por autoridade administrativa*. [...] (destacou-se)

Voto do Ministro Celso de Mello

[...]

Tenho enfatizado, por isso mesmo, que a quebra do sigilo bancário - *ato que se reveste de extrema gravidade jurídica* - só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na *prevalecência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados pertinentes às*

operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.

A relevância do direito ao sigilo bancário - que traduz uma das projeções realizadoras do direito à intimidade - impõe, por isso mesmo, *cautela e prudência ao Poder Judiciário* na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual que o ordenamento jurídico, *em norma de salvaguarda*, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X).

[...]

Em tema de ruptura do sigilo bancário, *somente os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária*, sob pena de a autoridade administrativa interferir *indevidamente* na esfera da privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. *Apenas o Judiciário pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.*

... Na realidade, a *intervenção jurisdicional* constitui fator de preservação do regime de franquias individuais e impede, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, que se rompa, injustamente, a esfera da privacidade das pessoas ...

A tutela do valor pertinente ao sigilo bancário não significa qualquer restrição ao poder de investigar do Estado, eis que o Ministério Público, as corporações policiais e os órgãos incumbidos da administração tributária e previdenciária do Poder Público sempre poderão requerer aos juízes e Tribunais que ordenem às instituições financeiras o fornecimento das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos.

Impõe-se destacar, neste ponto, que *nenhum* embaraço resultará do controle judicial prévio dos pedidos de decretação da quebra de sigilo bancário, pois, consoante já proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário, torna-se lícito afastar, em favor do interesse público, a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras.

Não configura demasia insistir, Sr. Presidente, na circunstância - que assume indiscutível relevo jurídico - de que a *natureza eminentemente constitucional do direito à privacidade* impõe, no sistema normativo consagrado pelo texto da Constituição da República, a *necessidade de intervenção jurisdicional* no processo de revelação de dados (*disclosure*) pertinentes às operações financeiras, ativas e passivas, de *qualquer* pessoa eventualmente sujeita à ação investigatória do Poder Público.

[...]

Sendo assim, Sr. Presidente, e tendo em consideração as razões expostas, entendo que a *decretação do sigilo bancário pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial*, sem o que não se impõe à instituição financeira o dever de fornecer *legitimamente* as informações que lhe tenham sido requisitadas.

... concedo o mandado de segurança ora impetrado, por entender que *não assiste ao Ministério Público o poder de requisitar, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa, instituição ou órgão.*" (destacou-se)

Voto do Ministro Ilmar Galvão

[...]

A Constituição, ao dizer, no art. 129, VI, que tem o Ministério Público a atribuição de requisitar informações e documentos para instruir os procedimentos administrativos de sua competência, não investiu o órgão do poder de devassa.

[...]

Trata-se de limite somente afastável pela via judicial, em devido processo legal, e diante de razões bastantes para justificarem a decisão do juiz.

[...]

Segundo percuciente observação de Miguel Reale e Geraldo Vidigal - transcrita pelo Prof. Geraldo Faço Vidigal, em texto básico de palestra recentemente proferida sobre o assunto - (I Ciclo de Direito Econômico, ICBD 93, pág. 139) '*se nem mesmo o Juiz pode determinar a suspensão de sigilo previsto em lei, a não*

ser no âmbito de um processo judicial, cujo caráter contraditório e da ampla defesa é pressuposto intangível, fundamentando devidamente a sua decisão, como pode um Procurador, de qualquer categoria, exigir, unilateralmente, o fornecimento compulsório de informações ou de dados sigilosos, ‘inaudita altera pars’, sem o devido procedimento legal, e sem obediência às garantias constitucionais?’

É claro, observa o palestrante, invocando, ainda, lição de Miguel Reale, ‘que ninguém, a esta altura da evolução do Direito Econômico, invoca o sigilo bancário como um direito absoluto, ...’ *A sua quebra, entretanto, não pode ficar ao talante de qualquer autoridade, sob pena de configurar-se poder de ‘devassa que levaria de roldão os (...) direitos públicos subjetivos’.*

[...]

Vê-se, portanto, que o legislador cercou a quebra do sigilo das informações, até mesmo bancárias, relativas aos acusados dos referidos ilícitos, da cautela, obviamente excessiva, de restringir a exceção do juiz, a quem incumbe, nesses casos, realizar pessoalmente a diligência, sob o ‘o mais rigoroso segredo de justiça’.” (destacou-se)

Voto do Ministro Carlos Velloso

“... não é o sigilo bancário, assento esta premissa, um direito absoluto. As normas infraconstitucionais podem estabelecer regras, no sentido da sua quebra. Tenho, em primeiro lugar, que essas regras devem vir em lei complementar, tendo em vista a norma posta no art. 192 da Constituição.

No caso, não teríamos o problema, dado que a lei do Ministério Público, em que se sustenta ser possível ao Ministério Público promover a quebra do sigilo bancário, é a Lei Complementar nº 75.

Então, deixo assentado como premissa maior, esta: é possível à norma infraconstitucional estabelecer caso em que será aceita a quebra do sigilo bancário. Como, entretanto, isso poderá ocorrer? Penso que, tratando-se de um direito que tem ‘status’

constitucional, esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever da imparcialidade. Somente pode ser realizada, a quebra do sigilo, pela autoridade judiciária, dado que esta procederá sempre com cautela, com prudência, com moderação, porque estas são as virtudes inerentes à magistratura, ou virtudes que os magistrados devem possuir. Não posso admitir que a parte, que não tem o dever ou a obrigação de ser imparcial, e que há de ser parcial, porque é inerente à parte ser parcial, não posso admitir que possa ela própria, por suas próprias mãos, efetivar a quebra de um direito inerente à privacidade, que a Constituição consagra, que tem, portanto, 'status' constitucional.

As funções do Ministério Público, data vênia, por mais importantes que sejam, elas são, entretanto, sobretudo, de parte, de quem requer e não decide, a quem não compete a obrigação de ser imparcial. [...]

... permitir que representantes do Ministério Público – e estes são aos milhares, temos o Ministério Público Federal, o Ministério Público Estadual, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar, enfim, há um mundo de representantes do Ministério Público pelo Brasil afora – promover a quebra do sigilo bancário sem possibilidade de se recorrer a uma autoridade judicial, sem um devido processo legal, não é conveniente e trata mal a Constituição. [...]

... encerro o meu voto deferindo o mandado de segurança e entendendo que, emprestando-se interpretação conforme ao dispositivo inscrito no § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 1993, há de ser entendido que a quebra do sigilo bancário poderia ocorrer a requerimento do Ministério Público e somente seria concedida por decisão judicial, num devido processo legal.”
(destacou-se)

Noutro diapasão, os Ministros que denegaram a segurança requestada apoiaram seus votos basicamente nas seguintes alegações, ora transcritas:

Voto do Ministro Francisco Rezek

“... Meu voto é no sentido de indeferir o mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil, ...

Parece-me, antes de qualquer outra coisa, que a questão jurídica trazida à corte neste mandado de segurança não tem estatura constitucional. Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar. É neste terreno, pois, e não naquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário [...]

... a mesma lei de 31 de dezembro de 1964, sede explícita do sigilo bancário, disciplina no seu artigo 38 exceções, no interesse não só da justiça, mas também do parlamento e mesmo no de repartições do próprio governo – mal se entendendo por quê um diploma ulterior, como a Lei Complementar 75/93, não as poderia modificar ou estender.

Tenho dificuldade extrema em construir, sobre o artigo 5º, sobre o rol constitucional de direitos, a mística do sigilo bancário somente contornável nos termos de outra regra da própria Carta. O inciso X afirma invioláveis ‘a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas’, ...

O inciso X do rol de direitos fala assim numa intimidade onde a meu ver seria extraordinário agasalhar a contabilidade, mesmo a das pessoas naturais, e por melhor razão a das empresas...”
(destacou-se)

Voto do Ministro Octávio Galloti

[...]

... Peço vênia, [...], para assentar minha conclusão numa premissa menos ampla: aquela de que se justifica a quebra do sigilo pela circunstância de aqui se tratar de uma hipótese de requisição à autoridade pública.

Assim o faço porque considero que não estamos julgando uma ação direta, ou seja, não estamos exercendo um controle de caráter abstrato, mas decidindo um caso concreto, posto num mandado de segurança, onde se alega direito subjetivo ferido.

Quando se trata de sociedade de economia mista, a Constituição estabeleceu, no art. 173, uma equiparação, em regime jurídico, às pessoas jurídicas de direito privado, mas essa equiparação comportou sempre um temperamento, quando se cuida do controle das operações financeiras dessas entidades, que *estão sujeitas, até mesmo, ao controle do Tribunal de Contas da União.* ... *essa é uma operação na qual o Banco do Brasil não age como banco comercial. Não se pretende devassar conta de particulares, mantida em depósito no Banco do Brasil.* Está ele, nesse caso, *desempenhando a função de agente delegado do Governo federal, e, por isso, não se acha em causa, propriamente, a quebra de um sigilo.* Deste se acha imune por sua natureza, a operação realizada com dinheiros públicos, cujo dispêndio, ao revés, está sujeito, pelo art. 37 da Constituição, para não dizer ao princípio da moralidade, pelo menos, sem dúvida alguma, ao princípio da publicidade.

[...]

Considero, apenas, estarmos diante de um *ato de autoridade, agente do Poder Público, repassando recursos públicos.* E pelo próprio art. 37 da Constituição impõe-se todo tipo de publicidade a essa operação.

Não há, portanto, a meu ver, quebra de sigilo, mas a revelação de algo que não só estava sujeita ao sigilo, como para o qual se recomendava a publicidade." (destacou-se)

Voto do Ministro Néri da Silveira

"... Está no art. 129, incisos VI e VIII, da Constituição:

[...]

Está na lei complementar a que se refere a Constituição, no art. 8º ...

[...]

Com efeito, penso que, *no caso concreto, em face de informações vindas a lume, na imprensa, de que cogitadas operações de empréstimo seriam eventualmente suspeitas,* quanto ao prejuízo causado ao erário e a benefícios carreados a determinados

setores. [...] É a expressão do Ministério Público Federal, atuando no âmbito de suas atribuições, com independência. [...] Fê-lo dentro dos limites previstos na Lei que lhe confere, para o exercício das suas atribuições constitucionais, tal aptidão, a faculdade e o poder de solicitar informações e documentos a entidades privadas e públicas.

No que concerne a entidades da Administração, está na Lei Complementar que nenhuma autoridade pode deixar de prestar informações ao Ministério Público.

... se tratava da execução de um plano de Governo por intermédio do Banco. O que foi negado? O nome dos beneficiários ...

Ora, entendo que não cabe chegar ao ponto de afirmar que mera referência ao nome de quem teria sido beneficiado ou contratante, em um determinado empréstimo subsidiado pelo erário federal, em razão de um plano de Governo, constituiria matéria encoberta pelo sigilo bancário.

Em primeiro lugar, se se trata de *operação em que há dinheiro público, a publicidade deve ser a nota característica dessa operação*. Não há razão, portanto, para o Banco não dizer quem são os beneficiários por esses empréstimos. *Se o Governo Federal está atuando, por intermédio do Banco do Brasil, na execução de um plano de amparo a um setor de produção, compreendo que, acerca dessas operações do Banco, com recursos do Tesouro Nacional, não pode lograr procedência a negativa de informações, com a invocação do sigilo bancário.*

Com efeito, o sigilo bancário não pode englobar esse tipo de informação, em se cuidando da aplicação de recursos públicos. *Pretender o Ministério Público Federal saber se já houve contratos, quem são os contratantes, a data de sua celebração, a edição do Diário Oficial em que estão publicados esses contratos, tudo isso não há de ficar, sob o manto do sigilo bancário, se cogita de transações subsidiadas com recursos do erário.*

[...]

Na forma por que vejo *este caso concreto*, não posso deferir ao

Banco do Brasil tal indenidade pretendida de deixar de prestar as informações ao Procurador-Geral da República, que não de ser públicas, porque dizem com a aplicação de dinheiro público e são destinadas a se esclarecerem notícias da existência de ilegalidades, no particular." (destacou-se)

Voto do então Ministro Presidente do STF Sepúlveda Pertence
[...]

O sigilo bancário só existe no Direito Brasileiro por força de lei ordinária.

Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata da "intimidade" protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação "*de dados*" e não os "*dados*", o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse ...

Em princípio, por isso, admitiria que a lei autorizasse autoridades administrativas, com função investigatória e, sobretudo o Ministério Público, a obter dados relativos a operações bancárias. Não obstante, a minha dúvida estaria em saber se o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, abrangeia operações bancárias normais do Banco do Brasil. Para isso seria necessário entender que o Banco do Brasil, porque sociedade de economia mista com controle acionário da União, seria autoridade pública, ainda com relação à exploração de atividade econômica não monopolizada a que se dedica, vale dizer, quando efetua operações bancárias comuns, idênticas às efetivadas por qualquer outra instituição financeira privada. A discriminação inviabilizaria os bancos estatais...

No caso, entretanto, há um dado, para mim bastante, já acentuado por vários dos Senhores Ministros: a revelação de que o mecanismo da equalização das taxas de juros importa utilização *de recursos públicos, de recursos do Tesouro Nacional*

para viabilizar as questionadas operações de crédito privilegiado à lavoura canavieira. Há, pois, como objeto das investigações do Procurador-Geral do Banco do Brasil, não operações bancárias comuns, mas *atos de gestão de dinheiros públicos*. Ora, em matéria de gestão de dinheiro público, não há sigilo privado, seja ele de status constitucional ou meramente legal, a opor-se ao princípio basilar da publicidade da administração republicana.” (destacou-se)

Esses foram os argumentos sob os quais se fundou a decisão final do Plenário da egrégia Corte Suprema quando do julgamento do MS nº 21.729-4/DF.

Todavia, o julgado se calcou em algumas premissas hoje reconhecidamente equivocadas e não aceitas pelos tribunais, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Para os Ministros que denegaram a ordem pleiteada no *mandamus*, como observado, a questão não envolvia matéria constitucional, devendo ser tratada por lei complementar, portanto, sob a ótica infraconstitucional, não havendo razão para se deixar de aplicar a Lei Complementar nº 75/93, lei posterior em relação ao então vigente art. 38 da Lei nº 4.595/64.

Hodiernamente, como visto e revisto, o Supremo Tribunal Federal mantém o entendimento de que o sigilo bancário é um direito ao nível constitucional¹⁵, pois decorrente da previsão dos incisos X e XII, do art. 5º, da Constituição Federal e de que a Lei Complementar nº 105/01 é lei especial sobre a matéria, não admitindo interpretação extensiva¹⁶.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 215301-0/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª. T., julg. 13/04/1999; RE nº 219780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª. T., julg. 13/04/1999; e MS nº 23452/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 16/09/1999.

16 BRASIL. Mandado de Segurança nº 22.801-6/DF, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julg. 17/12/2007; ADI nº 1570, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julg. 12/02/2004; RE nº 219780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª. T., julg. 13/04/1999.

O mesmo foi verificado por Carlos Alberto Hagström¹⁷, que observou se cuidar de julgamento controverso e que a discussão passou ao largo da seara constitucional. Seus comentários são percuentes:

Também no Supremo Tribunal Federal houve controvérsias. Com efeito, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF, impetrado pelo Banco do Brasil contra a Procuradoria-Geral da República, cuja decisão, ainda na vigência do art. 38 da Lei nº 4.595, de 1964, foi tomada por seis votos contra cinco, os Ministros Francisco Rezek e Sepúlveda Pertence manifestaram-se contrários à tese do assento constitucional do sigilo bancário.
[...]

Note-se, porém, que o mandado de segurança foi decidido não em função dessa questão constitucional, mas em função de outra: a do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal), ...

De todo modo, a nova formulação do fundamento jurídico do segredo bancário, a partir dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, assegurados pela Constituição, vem sendo reconhecida por muitos doutrinadores, com apoio nos tribunais superiores...

Diante dessa constatação, se fossem proferidos tais votos após o advento da Lei Complementar nº 105/01, nesse especial tocante, é bem provável que os membros daquela magnânima Corte Suprema, pelos excertos acima transcritos e analisando a lide sob a ótica infraconstitucional (considerando, pois, a edição da Lei Complementar nº 105/01), comungariam do entendimento de que a Lei Complementar nº 105/01 é especial e posterior em relação à Lei Complementar nº 75/93, tendo-a revogado naquilo que com ela incompatível, o que também se revela verdadeiro no que diz respeito à Lei nº 8.625/93.

17 Cf. HAGSTRÖM, 2009, p. 105-106.

Reafirmando este posicionamento, cite-se a seguinte ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOCAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. ‘JUIZ DE INSTRUÇÃO’. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. *Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas.* Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. *Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal.*

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (STF - ADI 1570 - Plenário, julg. 12.02.2004) (destacou-se).

Ressalte-se, outrossim, que para o Ministro Octávio Galloti, naquele caso (Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF) e na qualidade de sociedade de economia mista, o Banco do Brasil não estaria agindo como Banco comercial, e sim como “autoridade pública”, como “agente público”, no repasse de dinheiro público, regendo-se a relação jurídica pelo princípio da publicidade previsto no art. 37 da Constituição Federal, justamente pelo caráter público dos recursos envolvidos, estando, inclusive, sujeito

ao controle pelo Tribunal de Contas da União.

Se pudesse prevalecer esse pensamento, muito mais razão teria o Tribunal de Contas da União do que o Ministério Público para requisitar informações e documentos sigilosos de clientes de instituições financeiras públicas oficiais, já que sua atribuição constitucional definida no art. 71 da Carta Magna é expressa no sentido de fiscalizar os agentes públicos e todos os responsáveis por dinheiros públicos, incluindo-se as sociedades de economia mista¹⁸, ao contrário das atribuições conferidas pela Carta Magna ao Ministério Público. Mas assim também não pensaram os Ministros do STF quando do julgamento do MS 22.801-6/DF, no qual foi concedida a ordem para afastar determinações e penalidades do TCU impostas ao BACEN, que se negou a fornecer informações e documentos de clientes de instituições financeiras sujeitas à sua fiscalização, cuja ementa se encontra acima reproduzida, em aresto proferido no final de 2007.

Em caso similar, o Banco do Nordeste teve de recorrer ao Poder Judiciário a fim de, em dada situação concreta, resguardar os direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à tutela do sigilo de dados pessoais de seus clientes. Versava a espécie de requisição de informações

18 Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

sigilosas bancárias, feita pelo Ministério Público Federal diretamente àquela instituição financeira.

O arresto foi assim ementado:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. REQUISIÇÃO DIRETA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL AO BANCO DO NORDESTE. DADOS PROTEGIDOS PELO SIGILO BANCÁRIO. INTERVENÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência assentada nas Cortes Superiores, não possui o Ministério Público a prerrogativa de ter acesso a dados acobertados pelo sigilo bancário, sem a respectiva autorização judicial. 2. Hipótese em que restou demonstrada a correção da apelante em recusar a fornecer ao *parquet* os dados das pessoas que realizaram empréstimos no âmbito daquela instituição financeira. 3. Apelação provida. (TRF5 - Segunda Turma - AC 200381000303110-AC-Apelação Cível-360873-Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria - j. 29/05/2007 - DJ - Data: 14/06/2007 - Página: 860 - Nº: 113) (destacou-se).

Importa observar que na referida ação judicial, o Ministério Público Federal interpôs Embargos de Declaração alegando que no acórdão proferido pelo Tribunal Federal da 5ª. Região havia omissão, pois a competente Turma não havia apreciado a questão sob a ótica do princípio da *publicidade*, previsto no art. 37, da Constituição Federal, notadamente em função do julgamento do MS nº 21.729-4/DF (STF), cuidando-se de uma operação de crédito realizada com verbas públicas.

Decidindo sobre o questionamento, o Desembargador Federal Relator assim se pronunciou:

[...]

... consoante se infere dos ofícios requisitórios [...], a Procuradoria da República no Estado do Ceará em momento algum declinou as suspeitas havidas na concessão dos financiamentos, de modo a embasar satisfatoriamente a sua investigação.

Nesse sentido, não vislumbro irregularidade na conduta do BNB.
(destacou-se)

Cumpre ser assinalado que o posicionamento adotado pelo Tribunal Regional Federal da 5^a. Região no supracitado julgado se coadunou perfeitamente ao que fora discutido e decidido pelo excelso Supremo Tribunal Federal no MS nº 21.729-4/DF.

Consoante se depreende do voto do eminente ex-Ministro Néri da Silveira, no Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF, as circunstâncias que levaram o mais elevado órgão do Poder Judiciário brasileiro a denegar a segurança pleiteada pelo Banco do Brasil, autorizando a excepcional quebra do sigilo bancário diretamente pelo Ministério Público, sem intervenção do Poder Judiciário, eram absolutamente diversas das que se verificaram no caso antes mencionado, analisado pelo Tribunal Regional Federal da 5^a. Região (AC nº 360873).

Segundo o voto do eminente ex-Ministro Néri da Silveira, primeiramente as informações requisitadas foram consideradas juridicamente não albergadas pelo dever de sigilo bancário, pois se tratava de *informações de cunho genérico (o nome dos beneficiários das operações de crédito investigadas)*¹⁹; em segundo lugar, havia *prévia e ampla divulgação por meios de comunicação (órgãos da imprensa)* acerca das suspeitas que envolviam tais operações de empréstimo; e em terceiro lugar, “as suspeitas pairavam não sobre operações específicas, individuais, mas sobre a própria execução de um plano de Governo intermediado pelo Banco do Brasil, atingindo todo um setor de produção”.

Em outras palavras, na espécie, entenderam os insignes Ministros

¹⁹ Tem se observado uma crescente aceitação da corrente doutrinária restritiva segundo a qual informações de natureza mais generalizadas (como o nome do cliente) não estariam protegidas pelo dever de sigilo bancário, não se considerando sigilosas.

do STF que não havia que se falar em informações sigilosas; as suspeitas eram tão fortes e evidentes que já tinham sido noticiadas pela imprensa; e as suspeitas recaíam sobre a execução do plano de Governo, e não sobre operações individuais.

Relembre-se que sob a vigência da Lei Complementar nº 105/01, *a comunicação* às autoridades competentes acerca da *prática de ilícito penal*, inclusive *com o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa*, é medida *obrigatória* a que estão sujeitas as instituições financeiras (inciso IV, do § 3º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/01).

Assim, após a edição da Lei Complementar nº 105/01, ocorrendo um ilícito penal ou configurando-se fortes indícios de sua ocorrência, a instituição financeira não viola a Lei do Sigilo ao fornecer informações de índole sigilosa relativas a operações firmadas com seus clientes. Ao contrário, ela possui o imperioso dever de comunicar o fato e fornecer aquelas informações ao Ministério Público.

Nesse especial ponto, parece que o julgado do STF no MS nº 21.729-4/DF prenunciou o inciso IV, do § 3º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/01.

Frise-se, ademais, que “somente no caso concreto é possível se constatar a existência de conflito ou colisão aparente de princípios constitucionais”.

Na situação engendrada como regra geral, tem-se de um lado um princípio tutelador de um direito fundamental (*regra constitucional*), representado no direito à intimidade e à privacidade, conforme estabelecido no inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal, e de outro, o princípio da publicidade (*princípio constitucional*), configurado no art. 37, da Constituição Federal.

Como se extraí da obra de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonçalves Branco²⁰, um dos postulados de que o ordenamento jurídico seria *onocompreensivo, operativo e coerente*, é o de que “não ocorrem conflitos reais entre as normas da Constituição, mas apenas conflitos aparentes, seja porque elas foram promulgadas conjuntamente, seja porque não existe hierarquia nem ordem de precedência entre as disposições.”

Os citados autores²¹ doutrinam, ainda, no que tange ao *princípio da concordância prática ou da harmonização*:

Intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição, que nele se concretiza, o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.

... é somente no momento da aplicação do texto, e no contexto dessa aplicação, que se pode coordenar, ponderar e, afinal, conciliar os bens ou valores constitucionais em ‘conflito’, dando a cada um o que for seu.

[...]

Não se trata, evidentemente, de nenhum bizarro plebiscito hermenêutico, nem muito menos de qualquer apreciação de natureza técnica ou processual, daquelas que realizam as instâncias a tanto legitimadas, mas de um juízo de adequação material entre o que decidem os intérpretes oficiais da Constituição - juízes ou tribunais, inclusive as cortes constitucionais - e aquilo que, em dado momento histórico, a própria sociedade considere

20 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 135.

21 MENDES; COELHO; BRANCO, *Idem*, 2009, p. 136-138.

correto e justo. (destacou-se).

Descendo-se ainda mais amiúde, vejam-se algumas outras considerações pertinentes feitas pelos eminentes jurisconsultos²²:

As colisões de direitos fundamentais, bem assim os conflitos desses direitos com outros valores constitucionais, vêm despertando a atenção da mais moderna doutrina ...

[...]

Ultimamente, a doutrina tem sido convidada a classificar as normas jurídicas em dois grandes grupos (o dos *princípios* e o das *regras*).

[...]

Assim, o direito à privacidade, *prima facie*, impede que se divulguem dados não autorizados acerca de uma pessoa a terceiros. Esse direito, porém, pode ceder, em certas ocasiões, a um valor, como a liberdade de expressão, que, *no caso concreto*, se revele preponderante, segundo um juízo de prudência.

[...]

Esse juízo de ponderação entre os bens em confronto pode ser feito tanto pelo juiz, para resolver uma lide, quanto pelo legislador, ao determinar que, em dadas condições de fato, um direito há de prevalecer sobre o outro...

As situações de embates entre princípios podem assumir tanto a forma de colisão de direitos fundamentais, como a de conflito entre um direito fundamental e um outro valor consagrado na Constituição... (destacou-se).

A respeito do tema, Celso Ribeiro Bastos²³ lecionava que:

As normas não exercem função idêntica dentro do Texto Maior,

22 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibidem*, p. 318-320.

23 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 74-75.

como muitos poderiam erroneamente imaginar. Há *normas constitucionais que mais se aproximam às do direito comum*, isto é, aquelas normas que têm elementos necessários para investir alguém da qualidade de titular de um direito subjetivo. Já há outras normas, que não apresentam este aspecto funcional, em razão de seu *alto nível de abstração e de indeterminação* das circunstâncias em que devem ser aplicadas. É possível, pois, vislumbrar-se duas categorias principais: a primeira denominada *regra* e a segunda, *princípio*.

[...]

... *nada obstante as singularidades que cercam os princípios das regras, aqueles não se colocam, na verdade, além ou acima destas.* Juntamente com as regras, fazem os princípios parte do ordenamento jurídico. O que nos leva a concluir que *todas as normas apresentam o mesmo nível hierárquico* ... (destacou-se).

Tais palavras, oportuno dizer, confirmam o que fora dito quanto à *inexistência de “hierarquia entre princípios e direitos (regras) tutelados constitucionalmente*, e quanto à necessidade da avaliação por parte de órgãos judicantes acerca da ponderação e aplicabilidade do interesse público evidenciado em cada caso concreto, demonstrando a indispensabilidade do crivo do Poder Judiciário” nas hipóteses não excepcionadas pela Lei Complementar nº 105/2001, a fim de que seja afastado o direito à intimidade ou à privacidade regulado e assegurado pela Constituição Federal.

Apenas o Poder Judiciário, através de seus órgãos judicantes e imparciais, é que pode fazer o sopesamento e a aplicação desses princípios no caso concreto, de modo a relativizar o direito (regra) fundamental à privacidade e à intimidade ante a existência de interesse público relevante e superior da Administração Pública, ou a evitar abusos por parte do Ministério Público, quando subjacente o pretenso interesse da Administração Pública.

Não há que se falar, desse modo, em hierarquia entre princípios constitucionais, ou entre regras e princípios constitucionais. *Não existe qualquer fundamento jurídico que justifique a prevalência do princípio elencado no art. 37 da Constituição Federal (princípio da publicidade) sobre os princípios e os direitos fundamentais (regras) dos incisos X e XII, do art. 5º, da Constituição Federal, também de índole constitucional*, como regra geral. O aquilatamento entre princípios constitucionais, ou entre regras e princípios, deve ser realizado pelo Poder Judiciário, caso a caso, daí sua imprescindível intercessão como órgão equidistante que é.

Por fim, ressaltem-se as palavras do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Octávio Galloti, ao votar pela denegação da ordem de segurança requestada pelo Banco do Brasil por ocasião do julgamento do MS nº 21.729-4/DF. O Ministro fez questão de salientar em sua manifestação que adotava tal posicionamento em razão das peculiaridades *do caso concreto*. Em suas palavras: “Assim o faço porque considero que não estamos julgando uma ação direta, ou seja, não estamos exercendo um controle de caráter abstrato, mas decidindo um caso concreto, posto num mandado de segurança, onde se alega direito subjetivo ferido. (destacou-se).

6 - CONCLUSÕES

Em suma, pois, à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência visitadas, constata-se e assenta-se que:

- a) a Constituição Federal não dotou o Ministério Público do poder de requisitar diretamente informações, dados e documentos bancários protegidos pelo dever de sigilo das instituições financeiras;
- b) embora a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério

Público Federal) tenha previsto a possibilidade de os membros do Ministério Público Federal obterem diretamente informações, registros, dados e documentos de caráter sigiloso (art. 8º, § 2º), esta previsão restou derogada pela Lei Complementar nº 105/01;

c) a mesma *ratio* se aplica à Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados), cujas disposições acerca da requisição e fornecimento de informações e documentos não se estendem aos de natureza bancária sigilosa, que a partir da edição da Lei Complementar nº 105/01 passaram a ser por ela regidos;

d) a Lei Complementar nº 105/01 tanto é posterior como é especial em relação à Lei Complementar nº 75/93 e à Lei nº 8.625/93, em matéria de sigilo bancário;

e) atualmente, constitui entendimento do STF que todas as exceções ao dever de sigilo estão previstas na própria Lei Complementar nº 105/2001, que rege a matéria de forma exaustiva, sendo norma especial no que se refere ao sigilo das operações de instituições financeiras, tal como firmado em aresto proferido no MS 22.801-6/DF;

f) são duas as disposições de exceção à regra do dever de sigilo concernentes ao Ministério Público estabelecidas na Lei Complementar nº 105/01 (o caput do art. 9º e o inciso IV, do § 3º, do art. 1º), e apenas uma delas, a última, é concernente às instituições financeiras;

g) diante da prática de um ilícito penal, as instituições financeiras devem comunicar o fato ao Ministério Público e fornecer informações sobre as operações que envolverem recursos provenientes da prática criminosa, constituindo a hipótese como de exceção ao dever de sigilo consignado na Lei Complementar nº 105/01 (inciso IV, do § 3º, do art. 1º);

h) pela letra da Lei Complementar nº 105/01, afora a hipótese prevista no inciso IV, do § 3º, do art. 1º, no que se refere às instituições financeiras, o fornecimento de informações, dados e documentos sigilosos, a membro do Ministério Público, sem o consentimento dos interessados e sem autorização judicial, constitui violação ao dever de sigilo, sujeitando-se o responsável pelo fornecimento indevido às penas previstas no art. 10, da Lei Complementar nº 105/01;

i) o próprio teor do art. 10 supramencionado conduz ao entendimento de que a Lei Complementar nº 105/01 efetivamente tratou do tema “sigilo das operações de instituições financeiras”, de modo especial, ao ressaltar que a tipificação do delito somente resta configurada quando a quebra do sigilo ocorrer “fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar”;

j) pela letra da Lei Complementar nº 105/01, afora as hipóteses previstas no art. 2º e parágrafos, no § 1º, do art. 3º e no art. 6º, não constitui exceção ao dever de sigilo a requisição de informações, dados e documentos por membro do Ministério Público, em decorrência de instauração de processo ou procedimento administrativo, sendo que o fornecimento de informações, dados e documentos sigilosos, a membro do *Parquet*, sem o consentimento dos interessados e sem autorização judicial, em decorrência de solicitação feita com base em processo ou procedimento administrativo instaurado, constitui violação ao dever de sigilo, sujeitando-se o responsável pelo fornecimento indevido às penas previstas no art. 10, da Lei Complementar nº 105/01;

l) a jurisprudência nacional, sem tecer considerações acerca da natureza dos recursos (se públicos ou privados), tem se apresentado de forma uníssona no sentido de que o Ministério Público não possui autoridade para requisitar diretamente às instituições financeiras, sem a intervenção do Poder Judiciário, informações e documentos que envolvam o sigilo de terceiros;

m) a questão também foi objeto de apreciação pelo Tribunal Regional Federal da 5^a. Região, na Apelação Cível nº 360873, tendo sido, na ocasião, rechaçada a tese do Ministério Público Federal de que, utilizando as operações recursos públicos, não haveria que se falar em sigilo bancário;

n) ainda de acordo com a jurisprudência, o Ministério Público somente pode obter informações, dados e documentos sigilosos de terceiros de forma excepcional, comprovado o interesse público relevante ou superior e por meio do Poder Judiciário;

o) tirante as hipóteses expressamente previstas na Lei Complementar nº 105/01, a quebra do sigilo bancário somente pode ser determinada por quem detenha imparcialidade, cuja característica é inerente aos órgãos judicantes;

p) a quebra direta do sigilo bancário pelo Ministério Público, fora das hipóteses previstas na Lei Complementar nº 105/01, implica violação de vários princípios constitucionais e processuais, tais como o da concordância prática ou harmonização, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade do Poder Judiciário e da isonomia;

q) a decisão do STF proferida no MS 21.729-4/DF (consoante a qual informações requisitadas pelo Ministério Público Federal sobre concessão de empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, não estão sujeitas ao sigilo), limitou-se ao caso concreto e foi controversa (6 votos contra e 5 votos a favor da segurança requerida);

r) a decisão do STF no MS 21.729-4/DF é antiga (proferida no ano de 1995), portanto, 06 (seis) anos antes da edição da Lei Complementar nº 105/01 e 12 (doze) anos antes da decisão do STF no MS 22.801-6/DF,

na qual aquela Corte afastou a possibilidade de interpretação extensiva à Lei Complementar nº 105/01;

s) a decisão proferida pelo STF no MS nº 21.729-4/DF foi um reflexo das peculiaridades do caso concreto, entendendo aquela Colenda Corte que as informações requisitadas não eram juridicamente albergadas pelo dever de sigilo bancário, pois se tratavam de informações de cunho genérico (o nome dos beneficiários das operações de crédito investigadas); havia prévia e ampla divulgação por meios de comunicação (órgãos da imprensa) acerca das suspeitas que envolviam tais operações de empréstimo; e as suspeitas pairavam não sobre operações específicas, individuais, mas sobre a própria execução de um plano de Governo intermediado pelo Banco do Brasil, atingindo todo um setor de produção;

t) a decisão do STF no MS 21.729-4/DF partiu de alguns pressupostos hoje reconhecidamente equivocados e não aceitos pelo próprio STF (ausência de questão constitucional e prevalência do princípio da publicidade);

u) segundo atual entendimento do próprio STF, o dever de sigilo bancário decorre do direito fundamental à intimidade e à privacidade, bem como do sigilo de dados, previstos respectivamente nos incisos X e XII, do art. 5º, da CF;

v) inexiste hierarquia entre o princípio da publicidade (art. 37, da CF) e o direito fundamental à privacidade e à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF) e o direito de sigilo de dados (art. 5º, inciso XII, da CF);

x) somente ao Poder Judiciário é dado sopesar os conflitos aparentes entre princípios e regras constitucionais, aplicando o direito ao caso concreto; e

z) apesar de constar entre as atribuições do Tribunal de Contas da

União, previstas constitucionalmente, a de exercer a fiscalização sobre as contas públicas federais e sobre os agentes responsáveis por tais verbas, a decisão do STF no MS 22.801-6/DF (2007) não reconheceu embasamento jurídico ao TCU para requisitar informações e documentos sigilosos diretamente às instituições financeiras, o que reforça a impossibilidade de requisição direta de informações, dados e documentos protegidos pelo sigilo bancário, por membros do Ministério Público, às instituições financeiras oficiais, mesmo quando se tratarem de operações de crédito realizadas com verbas públicas.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sigilo bancário e privacidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Sigilo bancário à luz da doutrina e da Jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FURLAN, Fabiano Ferreira. *Sigilo bancário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HAGSTRÖM, Carlos Alberto. *Comentários à lei do sigilo bancário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso direito constitucional*. 4.ed.São Paulo: Saraiva, 2009.

Da Desconsideração da Personalidade Jurídica pela Administração Pública

George Felício Gomes de Oliveira

- » Graduado pela Universidade Federal do Ceará;
- » Advogado do Banco do Nordeste do Brasil S/A;
- » Professor da Escola Brasileira de Ensino Jurídico na Internet (EBEJI).

RESUMO

O presente estudo analisa, à luz da doutrina, da jurisprudência, a possibilidade de utilização, pela Administração Pública, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

PALAVRAS-CHAVE:

Pessoa jurídica - Desconsideração - Personalidade - Utilização
- Administração Pública.

SUMÁRIO:

1. Das considerações iniciais - 2. Da personalidade jurídica - 3. Da desconsideração da personalidade jurídica - 4. Da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública - 5. Das conclusões - 6. Referências.

1 - DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de a Administração Pública valer-se do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, mormente sob o ponto de vista do regime-jurídico administrativo.

É imperioso afirmar a inexistência de previsão legal específica do tema, não obstante haja variadas manifestações jurídicas, das mais diversas áreas, tais como doutrina e jurisprudência, as quais permitem o desenvolvimento da presente proposta.

2 - DA PERSONALIDADE JURÍDICA

À luz dos ensinamentos de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “pessoa é quem pode ser sujeito de direito: põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico e está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito¹”.

Essa lição foi deveras apreciada pelo legislador brasileiro, de modo que nosso principal diploma civil inaugura seu conjunto normativo asseverando que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Averigúe-se, então, o alcance do termo ‘pessoa’, dantes referido. Em nosso ordenamento, há duas classes de ‘pessoas’: as naturais (ou físicas) e as morais (ou jurídicas). Convém estabelecer, de logo, a distinção que há entre elas. Pessoa física nada mais é que a acepção jurídica de ser humano, pois animais e seres inanimados não podem ser sujeitos de direito. Afirma Washington de Barros: “o direito é

1 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3.d. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 161. v. 1

constituído *hominum causa*, ele não existe senão entre homens. Os animais estão excluídos de seu raio de ação².

Pessoas jurídicas, por sua vez, são “associações ou instituições formadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direitos³”. Cita-se, por oportuno, o magistério de Sílvio de Salvo Venosa a explicar a razão de ser dessa figura:

Há interesses e tarefas que não podem ser realizados apenas pelo indivíduo, por uma única pessoa ou por um grupo de pessoas, porque ultrapassam as forças do próprio indivíduo. Para a realização desses interesses, atribui-se capacidade a um grupo de pessoas ou a um patrimônio, para que eles, superando a efemeridade da vida humana e transpondo-se acanhados limites das possibilidades da pessoa natural, possam atingir determinados objetivos.

Desse modo, assim como se atribui capacidade à chamada pessoa natural - o indivíduo -, atribui-se personalidade a esse grupo de pessoas ou a um conjunto patrimonial criado em busca de um fim. Assim como se atribui à pessoa humana capacidade jurídica, da mesma forma se atribui capacidade a essas entidades que se distanciam da pessoa individual para formar o conceito de pessoa jurídica⁴.

No intuito de traçar com maior precisão os contornos dessa distinção, e as características das chamadas pessoas jurídicas, atente-se para sua notícia histórica:

Como diz Calogero Gangi, no antigo direito romano a pessoa jurídica não existia. Na primeira fase do Império Romano, conheciam-se, entretanto, certas associações de interesse

2 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62.

3 Idem, p. 121.

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 3.ed.São Paulo: Atlas, 2003, p. 243.

público, como *universitates, sodalitates, corpora e collegia*. No direito de Justiniano, enriqueceu-se a pessoa jurídica com o acréscimo das fundações. Mas os romanos sempre se mostraram muito sóbrios, muito parcimoniosos nesse tema, e jamais tiveram a menor idéia a respeito das vastas abstrações metafísicas que os escritores alemães iriam formular séculos mais tarde.

Também no antigo direito germânico não existe o conceito de pessoa jurídica. As pessoas naturais, integrantes da coletividade, eram os verdadeiros sujeitos dos direitos. O conceito de personalidade jurídica só penetrou no direito germânico com a posterior recepção do direito romano.

Foi o direito canônico que desenvolveu tal instituto com o incremento das fundações, então denominadas *corpus mysticum*. Qualquer ofício eclesiástico, provido de patrimônio próprio, era considerado ente autônomo. A princípio, as fundações eram subordinadas à Igreja; mais tarde, porém, tornaram-se independentes (*pium curpus, sancta domus, hospitalis*).

Mais recentemente, as associações e instituições passaram a interessar ao Estado, especialmente do ponto de vista político. Nos tempos modernos, elas se multiplicaram de modo impressionante, para os fins mais diversos, quer de ordem pública, quer de ordem privada⁵.

O que se intenta deixar claro, de logo, é a característica da pessoa jurídica ser formada e administrada, regra geral, por um grupo de pessoas físicas. Sua criação remonta, pois, à autonomia privada conferida aos indivíduos para que estes possam desenvolver seu direito de liberdade:

A autonomia privada é sempre referida a uma pessoa, individual ou coletiva. Assim, para tornar-se portadora do poder de desenvolver sua personalidade e salvaguardar seus interesses, a pessoa deve tornar-se sujeito de direito [...].

O direito positivo outorga a uma personalidade jurídica a toda

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 121.

pessoa, sendo que, em alguns casos, nela está compreendida a possibilidade de criação de outras personalidades jurídicas, que podem adquirir direitos e obrigações e criar outras personalidades jurídicas em cadeia, sem o limite que não o decorrente da utilidade ou do abuso prejudicial. Aquela possibilidade ou prerrogativa tem caráter instrumental posto que a criatura surge para facilitar ou favorecer a atividade de um agrupamento de homens, para que o grupo tenha uma unidade e possa participar do comércio jurídico com individualidade e esfera jurídica própria, distinta dos seus membros. Assim, toda pessoa jurídica regularmente constituída tem uma esfera jurídica formada pela soma de todos os seus direitos e obrigações de qualquer espécie, que é distinta das esferas jurídicas de seus fundadores ou membros⁶.

A considerar como premissa a distinção necessária que há entre pessoa física e pessoa jurídica, descontine-se o tema da desconsideração da personalidade jurídica.

3 - DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Demonstrou-se, neste estudo, a existência do princípio da separação entre a pessoa jurídica e a pessoa física. Questiona-se, porém, seu caráter dogmático, no intuito de esclarecer que tal princípio não tem caráter absoluto.

Segundo Maria Helena Diniz,

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem nenhum vínculo, agindo por si só, comprando, vendendo, alugando etc., sem qualquer ligação com

6 ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo código civil*. São Paulo: MP editora, 2005, p. 42.

a vontade individual das pessoas físicas que dela fazem parte. Realmente, seus componentes somente responderão por seus débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual. Essa limitação da responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica é uma consequência lógica de sua personalidade jurídica, constituindo uma de suas maiores vantagens. *Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas que a compõem; se o patrimônio da sociedade personalizada não se identifica com os sócios, fácil será lesar credores, ou ocorrer abuso de direito, para subtrair-se a um dever, tendo-se em vista que os bens particulares dos sócios não podem ser executados antes dos bens sociais, havendo dívida da sociedade*⁷ (destacou-se).

Desta forma, vislumbra-se na separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os patrimônios das pessoas físicas que a compõem, uma vereda fácil para o cometimento de ilícitos, um véu a encobrir a atuação irregular de pessoas físicas mediante a atividade de pessoas jurídicas. Consoante Maria Helena Diniz,

Ante sua independência e autonomia devido ao fato da exclusão da responsabilidade dos sócios, a pessoa jurídica, às vezes, tem-se desviado de seus princípios e fins, cometendo fraudes e desonestidades, provocando reações doutrinárias e jurisprudenciais que visam coibir tais abusos⁸.

Referida percepção, no sentido de que a pessoa jurídica pode ser utilizada de modo tangente às regras legais, gerou, efetivamente, reações dos mais diversos meios jurídicos. Entendeu-se que a pessoa jurídica não pode se distanciar de seus fins, velando a prática de atos ilícitos, de abusos ou de fraudes pelos seus membros. Assim, comprovado o abuso

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 315.

⁸ Idem, ibidem.

de direito, o desvio de finalidade, ou a confusão do patrimônio da pessoa jurídica com o de seus componentes, deve-se superar a personalidade jurídica, levantando-se o véu que a resguarda, de modo a alcançar a responsabilização dos sócios envolvidos.

Cuida-se, então, do instituto denominado desconsideração da personalidade jurídica. Acerca de sua origem, de cunho jurisprudencial, observe-se as seguintes lições de Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

Na realidade, a teoria em estudo surgiu na *common law*, através de decisões judiciais. Em 1809, nos Estados Unidos, no caso envolvendo o Bank of United States e Deveaux, o juiz Marshall, para preservar a jurisdição das cortes federais (uma vez que restrita às controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados) sobre as *corporations*, conheceu da causa, o que significa ter ‘levantado o véu’ e considerado as características dos sócios individuais, levando em conta a ‘cidadania estadual dos indivíduos que compusessem a sociedade, diferente da do réu.

Na doutrina sobre o tema, no âmbito da *common law*, cabe a menção ao jurista norte-americano Maurice Worsmer, que estudou a questão desde 1912, defendendo a possibilidade de se desconsiderar a pessoa jurídica nas hipóteses de fraude, sendo que os tribunais americanos ampliaram a abrangência da referida doutrina, aplicando-a também em casos de abuso de direito.

No ano de 1897 é que se observa o caso ‘Salomon vs. Salomon & Co.’, na Inglaterra, em que o juiz de primeiro grau desconsiderou a personalidade jurídica da companhia criada por Aaron Salomon, com seis componentes de sua família, considerando-a, na realidade, extensão da sua atividade pessoal, permanecendo como proprietário do estabelecimento que formalmente transferira à sociedade, através do que recebera obrigações garantidas. A decisão foi mantida na Corte de Apelação, mas a Casa dos Lordes reformou este entendimento, sob o fundamento de que a companhia havia sido validamente constituída, sendo Salomon seu credor privilegiado por ter vendido à sociedade

o estabelecimento e recebido obrigações garantidas por hipoteca. Apesar disso, após o caso, tem-se início à evolução jurisprudencial, principalmente na América do Norte, sobre a técnica de desconsideração da personalidade jurídica⁹.

Em nosso país, assevere-se que Rubens Requião foi o primeiro jurista a tratar do assunto de forma científica, em artigo¹⁰ publicado em 1969. Na jurisprudência, vale citar a seguinte passagem do acórdão relatado pelo juiz Edgard de Moura Bittencourt, do Egrégio Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo:

A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito. (ApCív 9.247, 2^a Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, j. 11.04.1955 e RT 238/394).

Em seguida a essas manifestações, a jurisprudência brasileira cuidou do assunto, aplicando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para afastar a personalidade jurídica, penetrando no âmago da entidade de modo a alcançar as pessoas físicas que a utilizavam irregularmente.

A partir de 1990, o tema ganhou contornos expressos na legislação¹¹, como se depreende do artigo 28 do Código de Defesa do

⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 846, abr. 2006, p. 13.

¹⁰ O artigo é intitulado “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica” e foi publicado na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

¹¹ É preciso mencionar que essa temática, de certa forma, também pode ser encontrada no Código Tributário Nacional (cf. artigos 124, I e II; 135 e 134, VII), na antiga Lei das Sociedades Anônimas (Dec-lei nº 2.627/40, artigos 121 e 122) e na vigente (Lei nº 6.404/76), mas nunca de forma contundente como se encontra no Código de Defesa do

Consumidor, a saber:

Art. 28. O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao resarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Atente-se, outrossim, para a redação do artigo 50 do Código Civil:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Dante dessas normas, é possível tecer considerações mais precisas acerca da desconsideração da personalidade jurídica em nosso ordenamento. De acordo com João Batista Lopes,

... a figura da desconsideração não se confunde com a da dissolução da sociedade, nem com a anulação de seus atos.

As ações de dissolução e de anulação têm natureza constitutiva negativa, por quanto implicam alteração na relação jurídica original.

Na desconsideração, não se altera a estrutura e a constituição da pessoa jurídica: apenas se impede que atos abusivos ou ilegais praticados por sócios prevaleçam sobre os objetivos daquela.

Consumidor e no Código Civil, como se verá adiante.

A desconsideração não exige a propositura de ação própria para ser decretada: o pedido pode ser formulado incidentemente e, assim, solucionado por simples decisão interlocutória como adiante se verá.

Importa ressaltar, porém, que a desconsideração não deve ser utilizada como instrumento de investigação de fatos: somente quando comprovado o abuso, o ilícito, a fraude é que a medida poderá ser decretada.

Ressalta, claro, pois, o caráter excepcional da providência, já que, ausentes fundamentos relevantes, deve ser mantida a regra geral da distinção entre pessoa física e pessoa jurídica¹² (destacou-se).

Lecionando sobre a natureza jurídica do instituto em tela, Gustavo Filipe Barbosa Garcia assevera:

Portanto, a natureza jurídica da desconsideração da pessoa (sic) jurídica é autônoma da teoria dos vícios do ato jurídico, referindo-se a uma técnica jurídica específica para a declaração de ineeficácia especial da personalidade jurídica apenas para certos aspectos do caso em concreto¹³.

Tomando por base a regra geral disposta no Código Civil, haja vista a regra estabelecida no Código de Defesa do Consumidor ser aplicável apenas às situações consumeristas, infere-se que a desconsideração será possível se o abuso da personalidade jurídica consistir em: a) desvio de finalidade ou b) confusão patrimonial. De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,

No primeiro caso, desvirtuou-se o objetivo social, para se perseguirem fins não previstos contratualmente ou proibidos por lei. No segundo, a atuação do sócio ou administrador confundiu-

12 LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil, *Revista dos Tribunais*, ano 92, v.818, dez. 2003, p. 40.

13 Op. cit., p. 18.

se com o funcionamento da própria sociedade, utilizada como verdadeiro escudo, não se podendo identificar a separação patrimonial entre ambos.

Nas duas situações, faz-se imprescindível a ocorrência de prejuízo - individual ou social -, justificador da suspensão temporária da personalidade jurídica da sociedade¹⁴.

Por conseguinte, são requisitos para a aplicação da teoria em estudo: a) o abuso de direito e b) a fraude no uso da personalidade jurídica¹⁵. O tema, vale dizer, deve ser aferido de forma casuística, sob pena de incorrer em injustiças e de afligir o princípio da autonomia da pessoa jurídica diante das pessoas físicas que a compõem.

Discorrendo sobre os requisitos para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, Gustavo Filipe Barbosa Garcia leciona:

Assim, no caso da teoria da desconsideração, a utilização da pessoa jurídica é um direito, sem caráter absoluto, que deve ser exercido de forma regular e legítima, ou seja, sem exceder os limites de suas finalidades voltadas ao desenvolvimento econômico e social, e observando as regras de boa-fé e de bons costumes, que regem as relações jurídicas. O uso da personalidade jurídica para fins ilegítimos e abusivos não é, assim, tolerado pelo direito, que possibilita a sua desconsideração quanto a certos aspectos em específicos, tendo em vista o desvio de finalidade.

A fraude, em sentido amplo, significa conduta de alguém que, para burlar a lei, fugir da sua incidência ou descumprir um dever jurídico, usa de procedimento aparentemente lícito, causando

14 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 232.

15 Deve-se apontar, além disso, que a doutrina, analisando a norma presente no artigo 50 do Código Civil em cotejo com aquela estabelecida no artigo 28 do CDC, e com a jurisprudência correlata, afirma serem também fundamentos para a aplicação da teoria o desvio de função e a confusão patrimonial (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Op. cit., p. 18).

prejuízo a terceiros.

No caso, a utilização indevida da pessoa jurídica por seus componentes, manipulando-a de forma a encobrir violação do ordenamento jurídico ou para fugir do cumprimento de obrigações, causando dano a terceiros, deve acarretar a responsabilização individual dos referidos membros, quando a pessoa jurídica, por si própria, não disponha de patrimônio suficiente para o resarcimento. Por exemplo, a prática maliciosa de sociedade, para fraudar credores, esvaziando o patrimônio social e transferindo-o aos sócios, autoriza, através da aplicação da 'disregard doctrine', a responsabilização de seus sócios, alcançando seus bens pessoais¹⁶.

No intuito de dissipar quaisquer dúvidas que porventura ainda sobejem sobre os precisos contornos desse instituto, analise-se as jurisprudências pátrias a seguir, com destaques:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE BENS DE PROPRIEDADE DA EMPRESA EXECUTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIALIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica. - A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. - Salvo em situações excepcionais previstas em Leis especiais, *somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de*

16 Op. cit., p. 19.

finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso Especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 970.635; Proc. 2007/0158780-8; SP; Terceira Turma; Rel^a Min^a Fátima Nancy Andrichi; Julg. 10/11/2009; DJE 01/12/2009).

FALÊNCIA. ARRECADAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). TEORIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO.

1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine* -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas. 2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a "teoria maior" acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração. 3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios

solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por “possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada”, o que, à toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios. 4. Recurso Especial conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 693.235; Proc. 2004/0140247-0; MT; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Julg. 17/11/2009; DJE 30/11/2009).

TJSP / Agravo de Instrumento 7101602700

Relator(a): Carlos Lopes

Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 26/10/2006

Data de registro: 07/11/2006

Ementa: EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Inadmissibilidade - Não preenchimento dos requisitos dispostos no art. 50 do Código Civil - Aplicação do artigo 596 do Código de Processo Civil - *Ausência de provas de que os sócios agiram com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos - Inaplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica* - Recurso improvido. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES - Requerimento de expedição de ofício a Receita Federal - Indeferimento - O Interesse particular não se confunde com o interesse público - A localização de bens do devedor, passíveis de constrição, é ônus da parte interessada - Ausência de provas de que o credor esgotou todas as possibilidades ao seu alcance de localizar tais bens - Recurso improvido.

TJSP / Agravo de Instrumento 1116530400

Relator(a): Gomes Varjão

Órgão julgador: 34ª Câmara do D.SÉTIMO Grupo (Ext. 2º TAC)

Data do julgamento: 12/09/2007

Data de registro: 18/09/2007

Ementa: *A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é possível se ficar demonstrada a confusão patrimonial. No presente caso, trata-se de um só grupo econômico, que atua sob duas razões sociais, com sócios e endereço idênticos.* Recurso provido.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EMPRESA DISTINTA DA EXECUTADA. COINCIDÊNCIA DE SÓCIOS (PAIS E FILHO), OBJETO SOCIAL, NOME DE FANTASIA E ENDEREÇO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SITUAÇÃO FORMAL E SITUAÇÃO DE FATO. *O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado, em diversas ocasiões, no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, observando que este, no entendimento atual, não se restringe às relações interempresariais hierárquicas e assimétricas, bastando a existência de uma relação de coordenação entre as diversas empresas, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal.* A mesma Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução. Recurso a que se nega seguimento. (TJ-CR; AG 10927-18.2002.8.06.0000/1; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Lincoln Tavares Dantas; DJCE 16/12/2009).

TJAP / CÂMARA ÚNICA

AGRADO N.º 2.065/07

RELATOR: DES. MELLO CASTRO

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - NECESSIDADE DE

COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS - ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO - PENHORA - EXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO EM FILIAIS DA EMPRESA EXECUTADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1) A *desconsideração da personalidade jurídica, por suas peculiaridades, pressupõe ação cognitiva própria, sendo admissível apenas em situações de inegável e comprovada ocorrência de desvios patrimoniais da sociedade para o patrimônio pessoal dos sócios, mediante a utilização de fraude, abuso de direito ou desvio do objeto social;* 2) Possuindo a agravante bens penhoráveis em filiais em pleno funcionamento, não há que se falar em “extinção irregular da empresa executada” capaz de justificar a responsabilização pessoal de seus sócios; 3) Agravo de Instrumento Provido.

TJSP / Agravo de Instrumento 7264486500

Relator(a): Rubens Cury

Comarca: Birigüi

Órgão julgador: 18^a Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 21/07/2008

Data de registro: 30/07/2008

Ementa: EXECUÇÃO POR TITULO EXTRAJUDICIAL - Desconsideração da personalidade jurídica - Embora prevista no Direito Brasileiro, inadmissível, no caso dos autos, ante a ausência de seus pressupostos - *Medida excepcional que só deve ser aplicada ante a constatação de fraude, desvios, ou mau uso da pessoa jurídica, o que não restou suficientemente provado* - Tampouco restou comprovada a confusão patrimonial entre a empresa executada e seus sócios - Decisão mantida - Recurso improvido.

Diante desses parâmetros, é possível ilacionar no sentido de que:

- a) a desconsideração da personalidade jurídica, quanto prevista em lei, deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e

existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas; b) é medida excepcional e somente deve ser aplicada quando verificado o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial, demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios; c) é possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando haja uma relação de coordenação entre as diversas empresas, sendo evidente que a estrutura daquele é meramente formal; e d) são necessárias provas de que os sócios agiram com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, de modo que limitada a estes é a aplicação da teoria¹⁷.

4 - DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apreciada a configuração do instituto objeto dessa análise, indague-se, neste passo, a possibilidade de sua aplicação não ser tributária da jurisdição, isto é: pode a Administração Pública desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa?

O tema é pouco estudado pela doutrina e, em âmbito jurisprudencial, há um único¹⁸ acórdão que o examinou, precisamente o RMS 15166/BA,

17 A respeito dessa limitação, vide o Enunciado nº 07 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a respeito do artigo 50 do Código Civil: “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.

18 Sob o ponto de vista do regime jurídico-administrativo, ressalte-se, pois há outros levando em consideração a atuação da Administração Fiscal, lastreado em norma do Código Tributário Nacional. Neste caso, assevere-se, tem entendido o STJ que “A

do Superior Tribunal de Justiça.

Edmar Oliveira Andrade Filho, em obra específica sobre a desconsideração da personalidade jurídica, assevera, com fulcro em interpretação do artigo 50 do Código Civil:

A imputação autorizada pelo artigo 50 do Código Civil é matéria sob ‘reserva de jurisdição’; ou seja, é providência que só pode ser tomada por juízes ou tribunais judiciais. Logo, a administração pública não pode, com base naquele preceito, de ofício ou a requerimento de outrem, determinar a desconsideração da personalidade jurídica num determinado caso em que esteja representando interesses estatais. É óbvio que a administração pública pode desconsiderar a personalidade jurídica se houver comprovada fraude à lei com foi o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdão que tem a seguinte ementa: A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

No Brasil, a administração pública deve pautar-se pela observância do princípio da legalidade. A administração, por seu representante legal, pode requerer a aplicação do art. 50 do Código Civil de 2002, mas não pode ela aplicá-lo diretamente; trata-se, como visto, de matéria sob reserva de jurisdição¹⁹.

Para melhor entendimento da questão, observe-se a ementa integral

responsabilidade patrimonial secundária do sócio, na jurisprudência do E. STJ, funda-se na regra de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando este demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa”. Sobre o tema, recomenda-se a leitura dos seguintes acórdãos: AgRg no AgRg no REsp 881911 e REsp 839877.

19 ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Op. cit., pp. 154-155.

do citado RMS 15.166/BA:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

- Recurso a que se nega provimento (destacou-se).

Referido julgado constitui valioso precedente sobre o assunto, mormente por se tratar do único de que se tem notícia naquele sodalício. No caso, a empresa G & G Móveis, Máquinas e Equipamentos Ltda propôs mandado de segurança contra ato do Secretário de Administração do Estado da Bahia, que fez expedir a Portaria n.º 650/2000, de 12/09/2000,

a qual estendeu à ora Recorrente os efeitos da declaração de inidoneidade para licitar emitida contra a empresa COMBAIL LTDA, *que se apresenta composta pelo mesmo quadro societário*²⁰.

O Tribunal de Justiça da Bahia denegou a segurança requerida pela empresa, sob o argumento de que “os sócios tentam burlar a lei, mediante a constituição de nova sociedade, com os mesmos objeto comercial e endereço, para, desta forma, continuarem a participar das licitações públicas. É evidente a possibilidade de abuso de direito”.

O tema foi levado à jurisdição do STJ, por meio de recurso ordinário constitucional, sob o argumento de que o Acórdão questionado contraria o princípio da legalidade, vez que a lei não faculta à Administração Pública a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica para estender sanções administrativas a outra sociedade empresária com idêntico quadro societário.

Acerca da temática envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica promovida pela Administração Pública, é assaz importante a leitura do voto do Ministro Castro Meira, relator do acórdão ora estudado:

A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser

²⁰ Além de as empresas serem compostas pelo mesmo quadro societário, no caso em questão, estava-se diante de flagrante afronta à legalidade. Observe-se trecho do voto do Min. Castro Meira: Quanto à primeira questão, as informações contidas nos autos dão conta de que a Recorrente é uma empresa de ‘fachada’, constituída com o único objetivo de fraudar a aplicação de sanção administrativa imposta à sociedade COMBAIL LTDA, que foi declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, por ter apresentado documento falso em processo licitatório. Assim, a ora Recorrente apresenta o mesmo quadro societário, o mesmo objeto social e o mesmo endereço da empresa COMBAIL LTDA, o que, de certa forma, é dado mais que suficiente para caracterizar fraude à lei e permitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles.

Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermeneuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo.

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público. Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais comezinhos princípios de direito administrativo, em especial, ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público.

A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a intelecção do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração

Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica. *Convém registrar, por oportuno, que a aplicação desta teoria deve estar precedida de processo administrativo, em que se assegure ao interessado o contraditório e a mais ampla defesa, exatamente como realizado no caso dos autos. Ao prejudicado restará sempre aberta a porta do Judiciário, para que então possa provar, perante um órgão imparcial, a ausência de fraude à lei ou de abuso de forma, afastando, por conseguinte, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No presente caso, a Recorrente não se desincumbiu desse ônus probatório.*

Ademais, como bem lançado no Parecer Ministerial acostado às fls. 173/179, o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Seria uma grande incongruência admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como seria desarrazoado permitir-se, com base no Princípio da Legalidade, como é o caso dos autos, a sobrevida de um ato praticado à margem da legalidade e com ofensa ao ordenamento jurídico. Não pode o direito, à guisa de proteção ao Princípio da Legalidade, atribuir validade a atos que offendem a seus princípios e institutos.

Neste diapasão, acompanhe-se o escólio do Ilustre Professor Lamartine Correia de Oliveira (REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, n.06, p. 52):

[...] o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

[...]

Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica'.

Vale a pena registrar, para concluir, a prática rotineira da Administração Fazendária, que desconsidera atos ou negócios

jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador, passando a tributar a situação com base em sua realidade econômica subjacente, como instrumento eficiente no combate à evasão fiscal.

Desta feita, se o contribuinte simula uma doação para fugir à incidência da alíquota superior do Imposto de Renda, de competência federal, permitindo, com tal simulação, a incidência do imposto estadual sobre doações, de alíquota reduzida, poderá a Receita Federal desconsiderar o negócio simulado, passando a tributar a situação com base em sua realidade econômica. Nessa situação, assim como no caso dos autos, a Administração desconsidera uma forma jurídica (o contrato de doação) e passa a tributar a situação com base na realidade econômica subjacente (aquisição de renda), garantindo-se, por esse meio, a preservação do interesse maior da coletividade.

A doutrina dominante, de há muito tem admitido que a Administração Fiscal proceda com a chamada interpretação econômica do fato gerador para desconsiderar a forma jurídica de atos ou negócios praticados com fraude à lei e com nítido intuito de sonegação fiscal. É bem verdade que sempre existiu uma certa resistência por parte de alguns doutrinadores, extremamente afetos ao formalismo exacerbado dos institutos jurídicos, em aceitar a adoção da teoria da interpretação econômica do fato gerador. Objetivando obviar as discussões e as resistências infundadas, eis que veio a lume o art. 116, parágrafo único do CTN, acrescentado pela Lei Complementar n.º 104/2001, que apresenta a seguinte redação:

'Art. 116 - Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária'.

Ninguém duvida que à Administração Fazendária sempre foi facultada, antes mesmo da entrada em vigor do parágrafo único,

do art. 116 do CTN, a possibilidade de desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador. Assim, o Poder Público sempre dispôs de um mecanismo eficaz de combate à evasão fiscal, na medida em que a própria Administração Fazendária, desde que permitido ao contribuinte ou responsável o exercício do contraditório e da mais ampla defesa, poderia, sem o socorro do Judiciário e à margem de autorização legal específica, desconsiderar a forma jurídica de um ato ou negócio praticado, na busca de sua realidade econômica. O art. 116, parágrafo único, do CTN veio, apenas e tão-somente, positivar uma prática antiga da Administração Tributária, admitida pelo Judiciário, mesmo à margem de previsão legal específica.

Analogamente, como forma de garantir à Administração Pública um mecanismo eficaz de combate à fraude, é de admitir-se, em homenagem aos Princípios da Moralidade Administrativa e da Indisponibilidade do Interesse Público, possa a Administração desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma, mesmo à margem de previsão legal específica e sem a interveniência do Poder Judiciário, graças à execitoriedade dos atos administrativos, desde que, repita-se, tenha sido assegurado ao administrado a mais ampla defesa em processo administrativo regular.

Adotar-se posicionamento contrário àquele veiculado no Acórdão recorrido, traria o risco de tornar ineficaz toda e qualquer sanção administrativa imposta às pessoas jurídicas. Como não são exigidas maiores formalidades na constituição de uma pessoa jurídica, uma sociedade punida com uma sanção administrativa, facilmente se furtaria da incidência de seus efeitos com a simples constituição de uma nova sociedade, sem que a Administração nada pudesse fazer no combate deste procedimento fraudatório (destacou-se).

Depreende-se da leitura atenta dos fundamentos do precedente jurisprudencial ora em comento, que a *ratio juris* da permissão conferida à Administração Pública para desconsiderar a personalidade jurídica de

uma empresa encontra amparo no princípio da moralidade, o qual não admite que o abuso de um direito (no caso, o exercício ilícito de uma atividade empresarial mediante a figura da pessoa jurídica) seja tutelado pelo ordenamento jurídico.

Ademais, utilizou-se como analogia - pois não há lei que autoriza de forma expressa a desconsideração da personalidade jurídica promovida pela Administração - a atividade da Administração Fiscal que, mesmo antes da entrada em vigor do artigo 116 do Código Tributário Nacional, era autorizada a “desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador”.

No entanto, e é preciso que reste indubitável esta condição, a presença de fraude mostra-se imprescindível, como também o é a necessidade de realização de procedimento administrativo regular, inclusive com obediência ao devido processo legal, no tocante ao contraditório e à ampla defesa, para que à Administração Pública seja franqueada a utilização, de *lege lata*, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

A propósito, ressalte-se que o acórdão proferido pelo STJ, objeto deste arrazoado, foi alvo de Recurso Extraordinário 420419/BA interposto junto ao Supremo Tribunal Federal, o qual teve seu seguimento negado monocraticamente pelo Ministro Dias Toffoli, em recente decisão proferida em 05/04/2010 e publicada no DJe de 19/04/2010, sob os argumentos de que: a) “para acolher a pretensão da recorrente e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem seria necessário o reexame das provas dos autos e da legislação infraconstitucional, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário”; e b) “o acórdão recorrido não julgou válida lei local contestada em face da Constituição Federal, razão pela qual fica inviabilizado o processamento do recurso extremo”.

5 - DAS CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que:

- a. A desconsideração da personalidade jurídica, enquanto prevista em lei, deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas;
- b. É medida excepcional e somente deve ser aplicada quando verificado o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial, demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios;
- c. É possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando haja uma relação de coordenação entre as diversas empresas, sendo evidente que a estrutura daquele é meramente formal;
- d. São necessárias provas de que os sócios agiram com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, de modo que limitada a estes é a aplicação da teoria da desconsideração;
- e. Pode-se afirmar, com base em precedente jurisprudencial do STJ (RMS 15.166/BA), que a Administração pode valer-se da desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto, em razão do princípio da moralidade, por intermédio de processo administrativo obediente ao devido processo legal, no que toca às garantias do contraditório e da ampla defesa;
- f. Além disso, a presença de fraude mostra-se imprescindível para que à Administração Pública seja franqueada a utilização, de lege lata, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

6 - REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil*. São Paulo: MP editora, 2005.

BRASIL. Lei nº 2.627, 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2627.htm>>. Acesso em: 05 maio 2010.

_____. Lei nº 6.404, 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. 17 dez. 1976. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L6404consol.htm#art300>>. Acesso em: 05 maio 2010.

_____. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2010. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2010.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 maio 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 693.235. Proc. 2004/0140247-0/MT. Falência. Arrecadação de bens particulares de sócios-diretores de empresa controlada pela falida. Desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). Teoria maior. Necessidade de fundamentação ancorada em fraude abuso de direito ou confusão patrimonial. Recurso provido. Recorrente: Francisca Elizabeth Consoli e Outro. Recorrido:

Olvepar S/A - Indústria E Comércio - Massa Falida. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 de novembro de 2009. Quarta Turma, Julg. 17/11/2009, *DJE* 30/11/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 970.635. Proc. 2007/0158780-8/SP. Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. [...]. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente. Recorrente: Fermatic Indústria E Comércio De Máquinas Ltda. Recorrido: New Bel Representações Comerciais Ltda. Rel^a Min^a Fátima Nancy Andrichi Brasília, 10 de novembro de 2009. Terceira Turma, Julg. 10/11/2009, *DJE* 01/12/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 15.166/BA, Processo 2002/0094265-7/BA. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Licitação. Sanção de inidoneidade para licitar. Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço. Fraude à lei e abuso de forma. Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Possibilidade. Princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos. [...]. Recorrente: G E G Móveis Máquinas E Equipamentos Ltda. Recorrido: Estado da Bahia. Relator Min. Castro Meira, Brasília, 07 de agosto de 2003, Julg. 07/08/2003, *DJ* 08/09/2003.

_____. Tribunal de Alçada de São Paulo. ApCív 9.247, 2^a Câmara Civil, j. 11.04.1955 e *Revista dos Tribunais* v. 238, p. 394.

_____. Tribunal de Justiça do Amapá. Câmara Única, Agravo n.º 2.065/07. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO

DOS REQUISITOS LEGAIS - ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO - PENHORA - EXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO EM FILIAIS DA EMPRESA EXECUTADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. [...]. Agravo de Instrumento Provido. Agravante: Stephan Houat & Irmão. Agravado: R. Lenhart Plásticos Ltda. Relator: Des. Mello Castro, Publicado no *DOE* n.º 4245 na página 16 em 09/05/2008.

_____. Tribunal de Justiça do Ceará. AG 10927-18.2002.8.06.0000/. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EMPRESA DISTINTA DA EXECUTADA. COINCIDÊNCIA DE SÓCIOS (PAIS E FILHO), OBJETO SOCIAL, NOME DE FANTASIA E ENDEREÇO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SITUAÇÃO FORMAL E SITUAÇÃO DE FATO. [...]. Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Lincoln Tavares Dantas, *DJCE* 16/12/2009.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento* n. 1116530400. Processo 53931/04, A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é possível se ficar demonstrada a confusão patrimonial. No presente caso, trata-se de um só grupo econômico, que atua sob duas razões sociais, com sócios e endereço idênticos. Recurso provido. Agravante: Tiner Empreendimentos E Participações Ltda. Agravado: Belt Logistic Ltda. Relator (a): Gomes Varjão, Órgão julgador: 34ª Câmara do d. Sétimo Grupo (Ext. 2º TAC), Data do julgamento: 12/09/2007. Data de registro: 18/09/2007.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 7101602700. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Inadmissibilidade - Não preenchimento dos requisitos dispostos no art. 50 do Código Civil - Aplicação do artigo 596 do Código de Processo Civil - Ausência de provas de que os sócios agiram com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos - Inaplicabilidade da teoria da

desconsideração da pessoa jurídica - Recurso improvido. Agravante: José Severino da Silva (Justiça Gratuita). Agravado: Farias E Neves Transporte E Serviços Ltda. Relator (a): Carlos Lopes, Órgão julgador: 18^a Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 26/10/2006 Data de registro: 07/11/2006.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento 7264486500*. EXECUÇÃO POR TITULO EXTRAJUDICIAL - Desconsideração da personalidade jurídica - Embora prevista no Direito Brasileiro, inadmissível, no caso dos autos, ante a ausência de seus pressupostos - Medida excepcional que só deve ser aplicada ante a constatação de fraude, desvios, ou mau uso da pessoa jurídica, o que não restou suficientemente provado - Tampouco restou comprovada a confusão patrimonial entre a empresa executada e seus sócios - Decisão mantida - Recurso improvido. Agravante: Cintra Matos Fomento Mercantil Ltda. Agravado: Ferrari & Spane Comércio de Calçados - Me. Relator (a): Rubens Cury, Comarca: Birigüi, Órgão julgador: 18^a Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 21/07/2008. Data de registro: 30/07/2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 9. ed. *Novo curso de direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 846, p. 11-29, abr. 2006.

LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 818, p. 36-64, dez. 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.v.1.

O Critério Espacial do ISSQN na Lei Complementar nº 116/03 e a Jurisprudência do STJ

Lilyan Cordeiro Mourão

- » Mestre e Doutoranda em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade de Salamanca;
- » Advogada do Banco do Nordeste do Brasil S/A.

RESUMO

Neste trabalho se busca fazer uma breve exposição sobre qual deve ser o critério espacial eleito para o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, de acordo com a doutrina e a jurisprudência nacional. O objetivo é criar um texto que sirva de fonte de pesquisa sobre o assunto, sem pretensão de esgotar o tema.

PALAVRAS-CHAVE:

Imposto. Serviço. Critério Espacial. Territorialidade - jurisprudência

SUMÁRIO:

- 1 - Introdução.
- 2 - Origem e histórico do imposto sobre serviços.
- 3 - Do critério espacial do issqn na doutrina e na jurisprudência do stj.
- 4 - Conclusão.
- 5 - Referências

1 - INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a doutrina e a jurisprudência¹ vêm se debruçando sobre o tema relativo ao critério espacial para fins de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN. E não há dúvidas de que sua correta determinação é de suma importância para evitar conflitos de competência entre os milhares de municípios brasileiros. No entanto, ainda não se vislumbra o ponto final desta discussão, motivo pelo qual o objetivo deste trabalho não é solucionar o problema, mas apenas dar uma pequena contribuição ao estudo do mesmo.

2 - ORIGEM E HISTÓRICO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN foi inicialmente² previsto pela Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, a qual mudou o Sistema Tributário Brasileiro, e regulamentado pelo Código Tributário Nacional (CTN), de 25 de outubro de 1966, em seus arts. 71 a 73, posteriormente revogados pelo Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. Atualmente, a

1 O STF, antes da promulgação da Constituição de 1988, teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema nos seguintes julgados: RE 92883, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/1980, DJ 26-09-1980 PP-07428 EMENT VOL-01185-02 PP-00664 RTJ VOL-00096-01 PP-00912; RE 99397, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/1983, DJ 06-05-1983 PP-06032 EMENT VOL-01293-04 PP-00864 RTJ VOL-00106-02 PP-00865; RE 100911, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/1984, DJ 31-08-1984 PP-13938 EMENT VOL-01347-03 PP-00555.

2 Antes da alteração procedida pela EC nº 18/65, os diversos serviços eram tributados por impostos distintos: Imposto sobre Transações (estadual); Imposto de Indústrias e Profissões e Imposto sobre Diversões Públicas (ambos, municipais). Neste sentido ver SOARES, Lirian Sousa. *Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza. Base de cálculo. Empresa prestadora de serviços, com preponderância de mão-de-obra.* Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 646, 15 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6582>>. Acesso em: 08 mar. 2010.

regulamentação do ISSQN consta da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

3 - DO CRITÉRIO ESPACIAL DO ISSQN NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

O critério espacial do ISSQN foi tratado³ expressamente no Decreto-Lei nº 406/68, que em seu art. 12 assim estabelecia:

Art 12. Considera-se local da prestação do serviço:

- a) o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;
- b) no caso de construção civil o local onde se efetuar a prestação;
- c) no caso do serviço a que se refere o item 101 da Lista Anexa, o Município em cujo território haja parcela da estrada explorada.

Referida previsão normativa não chegou a cumprir seu papel de uniformizadora e solucionadora de conflitos de competência, pois muitos foram os municípios que deturparam o conceito de estabelecimento prestador utilizado pelo Decreto-Lei, fazendo-o confundir-se com o conceito de local da efetiva prestação do serviço⁴, com o único objetivo de aumentar sua competência impositiva.

3 O primeiro ato normativo a tratar expressamente do critério espacial do ISSQN foi o Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967, pois nos artigos 71 a 73 do CTN não havia qualquer referência expressa a ele. O Ato Complementar nº 36/1967 estabeleceu que, no caso de contribuintes que prestam serviços em mais de um município, deve ser considerado local da operação (1) aquele onde se efetuar a prestação do serviço, no caso de construção civil ou de serviço prestado em caráter permanente por estabelecimentos, sócios ou empregado de contribuintes sediados ou residentes no Município ou (2) aquele da sede do contribuinte, nos demais casos (artigo 6º).

4 Ressalte-se, entretanto, que antes mesmo da criação do ISSQN, o STF, ao tempo do Imposto de Indústrias e Profissões (municipal) e do Imposto de Vendas e Consignações (estadual), já havia se manifestado sobre problemas de competência envolvendo os mesmos, em casos em que dois Fiscos estaduais e dois Fiscos municipais disputavam a cobrança dos referidos impostos (RMS 15092, Relator(a): Min. VICTOR NUNES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/08/1966, DJ 24-05-1967). In BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11^a ed. atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 508.

Criada a confusão por parte dos municípios, muitas foram as correntes doutrinárias que surgiram para tentar resolver o problema relativo ao critério espacial do ISSQN, e consequentemente, o problema relativo aos conflitos de competência entre os municípios.

Parte da doutrina se posicionou a favor da aplicação literal do disposto no art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68, segundo o qual o importante para a definição do município competente para a cobrança do ISSQN era o local do estabelecimento prestador (entendido como estabelecimento DO prestador) e, quando de sua inexistência, o local do domicílio do prestador, à exceção dos serviços de construção civil, onde o importante era o local da efetiva prestação do serviço. De acordo com esta corrente, o legislador pode utilizar-se de uma ficção jurídica para eleger o critério espacial do ISSQN, sobretudo quando a finalidade for a de dirimir conflitos de competência. São adeptos desta corrente Mizabel Derzi⁵ e Kiyoshi Harada⁶.

Entretanto, a doutrina majoritária considerava o art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68 inconstitucional, por eleger como critério espacial do ISSQN algo desconectado da matriz constitucional do imposto. Na opinião dessa parte da doutrina, o critério espacial do ISSQN deveria ser obrigatoriamente o local da efetiva prestação do serviço. Ainda como argumento relevante, indicava que o critério escolhido pelo legislador violava o princípio da territorialidade das normas, por permitir que os municípios tributassem fatos verdadeiramente ocorridos em outros territórios. São representantes desta corrente Marçal Justen Filho⁷,

5 BALEIRO, Aliomar. *Ob. cit.*, p. 509.

6 HARADA, Kiyoshi. *ISS e o local da prestação de serviços*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov.2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2428>. Acesso em: 08 mar. 2010.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. ISS no tempo e no espaço. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 2, nov. 1995, p. 53-69.

Humberto Ávila⁸, José Eduardo Soares de Melo⁹, Heron Arzua¹⁰ e Roque Antonio Carazza¹¹.

E foi justamente essa segunda corrente a que prevaleceu na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹². Vejam-se as ementas abaixo:

ISS - LOCAL DO FATO GERADOR - MUNICIPIO - DEL 406/68.

EMBORA O ART. 12, "A", CONSIDERE COMO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO O DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR PRETENDE O LEGISLADOR QUE REFERIDO IMPOSTO PERTENÇA AO MUNICIPIO EM CUJO TERRITORIO SE REALIZAR O FATO GERADOR.

RECURSO PROVIDO.

(REsp 115.337/ES, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/03/1998, DJ 04/05/1998 p. 81)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ISS. COMPETÊNCIA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRECEDENTES.

I - Para fins de incidência do ISS - Imposto Sobre Serviços - importa o local onde foi concretizado o fato gerador, como

8 ÁVILA, Humberto. O imposto sobre serviços e a lei complementar nº 116/03. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O ISS e a LC 116*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 165-184.

9 MELO, José Eduardo Soares de. Local da incidência tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: RT, n. 67, 1995, p. 323-338.

10 ARZUA, Heron. O imposto sobre serviços e o princípio da territorialidade. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Tributário*. V. 1. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 142-152.

11 CARAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 25ª ed. revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 57/2008, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 986-988.

12 REsp 23371/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/08/1994, DJ 26/09/1994 p. 25602; REsp 115279/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/1999, DJ 01/07/1999 p. 163; REsp 72398/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/1996, DJ 10/06/1996 p. 20283; EDcl no REsp 115338/ES, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/06/1998, DJ 08/09/1998 p. 26.

critério de fixação de competência do Município arrecadador e exigibilidade do crédito tributário, ainda que se releve o teor do art. 12, alínea “a” do Decreto-Lei nº 406/68.

II - Embargos rejeitados.

(EREsp 130792/CE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 07/04/2000, DJ 12/06/2000 p. 66)

Como se pode ver das ementas acima transcritas o STJ, sob o argumento de dar uma interpretação adequada ao art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68, acabou por não lhe dar aplicação, considerando como critério espacial do ISSQN o local da efetiva prestação do serviço.

Ocorre que em 2003, foi publicada a Lei Complementar nº 116/03, a qual prevê o seguinte:

Art. 3º O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local: [...]

O legislador, a despeito da jurisprudência consolidada do STJ, manteve como critério espacial do ISSQN, em regra, o local do estabelecimento prestador e não o local da efetiva prestação dos serviços.

Como se pode perceber, não há grande diferença entre o que era previsto no Decreto-Lei nº 406/68 e o que é previsto agora na Lei Complementar nº 116/03. A diferença reside no fato de que foi introduzido um conceito legal de estabelecimento prestador, previsto no art. 4º, abaixo transcrito:

Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Não obstante, ao contrário de ajudar na aplicação do art. 3º, o conceito trazido no referido art. 4º traz grandes dificuldades práticas, sobretudo porque não há uma definição legal do que seja unidade econômica ou profissional.

Em outras palavras andou mal o legislador, o qual desconsiderou o estabelecido na doutrina majoritária e na jurisprudência do STJ, mantendo o local do estabelecimento prestador como o critério espacial do ISSQN. Ao invés de resolver (ou tentar resolver) definitivamente os problemas de conflito de competência entre os municípios, trouxe novamente para o Judiciário a tarefa de solucionar mencionados problemas e de assegurar o mínimo de segurança jurídica aos contribuintes.

Neste sentido o STJ teve, recentemente, a oportunidade de se pronunciar algumas vezes sobre o critério espacial do ISSQN, nos termos da Lei Complementar nº 116/03, indicando tendência em manter o critério espacial do ISSQN como o local da efetiva prestação de serviços. Seguem abaixo ementas dos acórdãos mais recentes¹³:

TRIBUTÁRIO - ISS - COMPETÊNCIA - LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DECRETO-LEI 406/68 - PRECEDENTES - ALTERAÇÃO NA L.C.116/2003 - LEI APLICÁVEL À ESPÉCIE. ENTENDIMENTO QUE NÃO VULNERA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. “As duas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte, na vigência do art. 12 do Dec-lei nº 406/68, revogado pela Lei Complementar nº 116/2003, pacificaram entendimento no sentido de que a Municipalidade competente para realizar a cobrança do

13 Diversos são os julgados recentes, a título de exemplo: AgRg na Pet 6.561/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 18/09/2009; AgRg nos EDcl no REsp 982.956/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009; REsp 783.022/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 16/03/2009.

ISS é a do local da prestação dos serviços, onde efetivamente ocorre o fato gerador do imposto.

2. Equivocado entendimento do Tribunal ao aplicar a lei tributária vigente quando da prolação da sentença, distanciando-se da regra geral de direito tributário a qual determina a aplicação da lei vigente quando da ocorrência do fato gerador do tributo

3. Recurso especial provido.

(REsp 1124862/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 07/12/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. AUTUAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. COMPETÊNCIA PARA COBRANÇA DO TRIBUTO. FATO GERADOR. MUNICÍPIO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, que a autuação atendeu aos requisitos legais. A revisão desse entendimento implica, como regra, reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

2. A jurisprudência do STJ pacificou que, mesmo na vigência do art. 12 do Decreto-Lei 406/1968, revogado pela Lei Complementar 116/2003, a municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local em que efetivamente foi prestado o serviço, ou seja, onde se concretiza o fato gerador.

3. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito infringente.

(EDcl no AgRg nos EDcl no Ag 883.034/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 29/10/2009)

AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. ISS. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SÚMULA Nº 83/STJ.

1. O município competente para a cobrança do ISS é aquele onde ocorre a prestação do serviço, ou seja, o local em que se concretiza o fato gerador e, não, onde se encontra a sede da empresa prestadora. Precedentes.

2. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 83).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1153916/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 08/10/2009)

Pode-se afirmar, pois, que a alteração legislativa procedida pela Lei Complementar nº 116/03 não teve o condão de alterar o posicionamento do STJ no que diz respeito ao critério espacial do ISSQN.

4 - CONCLUSÃO

Independentemente do fato de o STJ manter seu posicionamento no sentido do critério espacial do ISSQN ser o local da efetiva prestação do serviço, não se vislumbra que os problemas de conflitos de competência entre os municípios diminuam ou cessem.

Isto porque, em primeiro lugar, as legislações municipais, em regra, preveem como critério espacial do ISSQN o local do estabelecimento prestador, nos estritos termos da Lei Complementar nº 116/03. Assim, com base nesta legislação muitos (senão todos) municípios vão continuar autuando os prestadores de serviços estabelecidos em seu território, ainda que os serviços não sejam ali prestados, bem como os prestadores de serviços estabelecidos em outros territórios pelos serviços ali prestados.

Outrossim, entende-se que quem deverá dar a palavra final sobre o tema do critério espacial do ISSQN¹⁴ é o Supremo Tribunal Federal (STF) pois, como visto, os argumentos para desconsiderar o critério eleito pelo

14 Ainda que haja um posicionamento do STF sobre o critério espacial do ISSQN, não se entende que estariam solucionados os conflitos de competência entre os municípios, pois outras questões demandam resolução, especialmente determinar, na prática, qual seria o local da efetiva prestação do serviço. No entanto, isto não será tratado neste trabalho.

legislador (estabelecimento prestador) são de índole constitucional, quais sejam: a matriz constitucional do ISSQN e o princípio da territorialidade.

REFERÊNCIAS

ARZUA, Heron. O imposto sobre serviços e o princípio da territorialidade. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 142-152. V. 1

ÁVILA, Humberto. O imposto sobre serviços e a lei complementar nº 116/03. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O ISS e a LC 116*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 165-184.

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11.ed. atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARAZZA, Roque Antonio. *Curso direito constitucional tributário*, 25.ed. revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 57/2008, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 986-988.

HARADA, Kiyoshi. *ISS e o local da prestação de serviços*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov.2001. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2428>](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2428). Acesso em: 08 mar. 2010;

JUSTEN FILHO, Marçal. ISS no tempo e no espaço. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 2, nov. 1995, p. 53-69.

MELO, José Eduardo Soares de. Local da incidência tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: RT, n. 67, 1995, p. 323-338;

SOARES, Lirian Sousa. *Imposto sobre serviço de qualquer natureza. Base de cálculo. Empresa prestadora de serviços, com preponderância de mão-de-obra*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 646, 15 abr. 2005. Disponível

em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6582>>. Acesso em:
08 mar. 2010.

A Responsabilidade do Advogado no Âmbito das Contratações Públicas

Juliana De Filippo Almeida

- » Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES;
- » Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UNIMONTES (Montes Claros-MG) e em Direito Público pelo JUSPODIVM (Salvador - BA);
- » Advogada do Banco do Nordeste do Brasil S/A.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade pessoal do advogado que emite parecer jurídico nos termos do artigo 38 da Lei 8.666/93. A Lei que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos na administração pública, incluindo os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela administração pública. Dentro dessa temática, o trabalho destaca o debate sobre a possibilidade de sujeição do advogado emissor de tais pareceres aos Tribunais de Contas e os limites de sua responsabilidade, além de elucidar o posicionamento da doutrina, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE:

Advogado. Responsabilidade. Parecer. Licitação. Tribunal de Contas.

SUMÁRIO:

1. Introdução.
2. Parecer Jurídico.
 - 2.1. Conceito e Natureza Jurídica.
 - 2.2. Classificação.
 - 2.2.1. Da Classificação dos Pareceres no Âmbito das Licitações e Contratações Públicas.
 - 2.3. O Conceito Jurídico Indeterminado e a Discretionalidade do Administrador.
 3. Da Responsabilidade pela emissão de Parecer Jurídico.
 - 3.1. Da Responsabilidade Civil por Ato Comissivo ou Omissivo.
 - 3.2. Da Inviolabilidade do Advogado e dos Limites da Prerrogativa Profissional.
 - 3.3. Da Competência para punir o Advogado.
 4. Do Entendimento do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal.
 - 4.1. Do Posicionamento da Corte de Contas da União.
 - 4.2. Da Posição atual do STF.
 - 4.2.1. O Mandado de Segurança 24.073/D.
 - 4.2.2. O Mandado de Segurança 24.584-1/DF.
 - 4.2.3. O Mandado de Segurança 24.631-6/DF.
 5. Conclusão.
 - Referências.

1 - INTRODUÇÃO

Dentre as diversas disposições da lei de licitações e contratos, cujos desdobramentos geram debate no meio jurídico, o presente trabalho cuida da questão da responsabilidade do advogado que atua na função consultiva dos entes sujeitos à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, emitindo pronunciamento, nos termos do seu art. 38, sobre a legalidade do procedimento licitatório adotado ou aprovando as minutas dos editais, contratos e instrumentos congêneres.

O presente trabalho estuda a responsabilidade, não só dos membros da advocacia pública, nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição da República, mas de todos os advogados que emitem pareceres para cumprimento do disposto no artigo 38 da Lei 8.666/93, a exemplo dos advogados de sociedade de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica - que a despeito de não serem classificados como procuradores públicos - são constante alvo de investigação pelos Tribunais de Contas.

Nesse sentido, cumpre lembrar que, a despeito da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1988 ter alterado o art. 173 da Constituição da República Federativa do Brasil, prevendo a edição do estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias - que explorem atividade de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços - com normas específicas para contratos e licitações de tais entes, essas normas, que certamente serão mais flexíveis, não foram editadas até o presente momento. Por essa razão, tais entes continuam, na prática, seguindo as disposições da Lei 8.666/93, a despeito dos debates sobre os limites de tal submissão, que não é objeto do presente estudo, posto que o tema, pela sua complexidade, deve ser objeto de estudo à parte.

2 - DO PARECER JURÍDICO

2.1 - CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Na lição de Cretella Júnior¹, o parecer é o ato pelo qual um técnico manifesta sua opinião ou juízo acerca de uma questão submetida a seu pronunciamento.

O parecer não se trata de um ato decisório da Administração Pública ou de sua manifestação, mas de uma opinião interna de um técnico do Estado, não se confundindo com uma decisão administrativa, mesmo que tenha servido de base para ela. Gustavo Amorim² manifesta tal entendimento, citando a clássica doutrina de Hely Lopes Meirelles no sentido de que o parecer é algo prévio ao ato administrativo:

O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação.

Para melhor entendermos a natureza jurídica do parecer cabe lembrar que não se pode confundir ato administrativo com atos da administração, posto que o primeiro é espécie do qual o segundo é gênero.

Dentre os atos da Administração podemos distinguir quatro tipos. São eles: a) os atos ou fatos materiais (são aqueles que não envolvem declarações de vontade, sendo, via de regra, a execução de um ato administrativo prévio, como a pavimentação de uma rua já ordenada pela

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito do administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 376.

² AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (Org.). *Leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 246.

autoridade municipal); b) os atos de direito privado (são aqueles que, a despeito de praticados pela administração regem-se por normas de direito privado, como ocorre com a locação de um imóvel particular pela administração pública); c) os atos de conhecimento e opinião, juízo e valor (são aqueles em que a administração emite uma opinião sem se vincular ao seu enunciado); e d) os atos administrativos propriamente ditos (são aqueles que trazem uma manifestação da administração pública regida pelo regime do direito público).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ define o ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos imediatos, com observância da lei, sob o regime do direito público, e sujeita a controle pelo poder judiciário”. Verifica-se que, no conceito da autora, encontra-se clara a necessidade da produção de efeitos imediatos, o que não se harmoniza com o conceito de parecer jurídico, por ser este um ato da administração que necessita de ulterior aprovação.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão relatada pelo Ministro Carlos Veloso, já se pronunciou no sentido de que o parecer não é ato administrativo, mas ato de administração consultiva.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta:

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella apud ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 16.ed. e atual., São Paulo: Método, 2088, p. 398.

impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, 'Curso de Direito Administrativo', Malheiros Ed., 13^a ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (MS 24073, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003 PP-00015 EMENT VOL-02130-02 PP-00379).

A própria estrutura do parecer jurídico, bem como de seus fechos típicos, deixa claro que o mesmo se trata de uma análise para avaliação e decisão do administrador, ou seja, de um ato da administração consultiva e não de ato administrativo de caráter decisório.

2. 2 - DA CLASSIFICAÇÃO

A classificação mais usada no Brasil, principalmente pelos tribunais pátrios para dirimir as controvérsias sobre a responsabilidade do advogado que exerce função consultiva, é aquela que divide os pareceres jurídicos em três espécies: facultativos, obrigatórios e vinculantes.

Adotando referida divisão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴ leciona que obrigatório é aquele parecer do qual o procedimento administrativo não pode prescindir, sob pena de nulidade. Nesses casos, o parecer jurídico, em regra, deve anteceder a decisão da autoridade competente, que não está obrigada a acolhê-lo, mas quando isso ocorrer deve motivar

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 222.

sua decisão. Outra espécie de parecer é o facultativo, aquele cuja produção como etapa procedural não se funda em exigência legal. Em outras palavras, a autoridade, dentro de sua conveniência e oportunidade, é que requer, pede, solicita, por iniciativa própria, o pronunciamento do órgão jurídico. E, finalmente, a última espécie é o vinculante, aquele em que a autoridade estará obrigada a seguir e acolher, isto é, estará ela presa às conclusões do parecer.

O referido método classificatório encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico, no artigo 42 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Essa categorização dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes é adotada também pelo artigo 98 do Código de Procedimento Administrativo português⁵:

Subseção III

Dos Pareceres

Art. 98

(Espécies de pareceres)

1- Os pareceres são obrigatórios ou facultativos, consoante sejam

⁵ AMORIM, *op. cit.* 2008, p. 252.

ou não por lei; e são vinculativos ou não vinculativos, conforme respectivas conclusões tenham ou não que ser seguidas pelo órgão competente para a decisão.

2- Salvo disposição expressa em contrário, os pareceres referidos na lei consideram-se obrigatórios e não vinculativos.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, em seu voto-vista no Mandado de Segurança 24.584/DF cita, nesse sentido, a doutrina francesa de Réne Chapus. Tal doutrina tem influência entre os doutrinadores brasileiros que adotam a classificação dos pareceres jurídicos pautada na obrigação que a lei impõe ou não ao administrador, de proceder à consulta antes de praticar o ato administrativo:

A primeira situação é aquela em que a consulta é *facultativa*. Nesse caso, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo.

A segunda hipótese diz respeito àqueles casos em que a consulta é *obrigatória*, e a autoridade administrativa fica obrigada a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário. Caso pretenda praticar ato com conteúdo e forma diversos do que foi submetido à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer. Isto porque se submeter à consultoria a minuta ou esboço de um ato com um determinado conteúdo e, ao tomar a decisão, publicar ato de conteúdo diverso, estará burlando a obrigatoriedade do parecer prévio, que nada mais é do que um mecanismo adicional de controle da administração.

Por fim, quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz do parecer *vinculante ou conforme (decider sura vis conforme)*, o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir (MS 24.584/DF, p. 380).

Carvalho Filho⁶, por sua vez, esclarece que o parecer só pode ser considerado como vinculante quando a lei ou o regulamento dispuserem

⁶ CARVALHO FILHO, apud AMORIM, *op. cit.*, 2008, p. 252.

expressamente em tal sentido. A afirmação deve ser compreendida da seguinte forma: não basta que a lei determine que a autoridade submeta seu ato a um parecer jurídico, pois ser obrigado a solicitar um parecer o torna obrigatório, mas não vinculante. O parecer somente será vinculante quando, além de ser sua solicitação obrigatória por lei, suas conclusões também sejam de obediência compulsória pelo administrador.

Neste sentido, cabe lembrar a clássica lição do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷, lastreada em expoentes do direito comparado:

Parecer conforme, ou vinculante, é o que a Administração Pública não só deve pedir ao órgão consultivo, como deve segui-lo ao praticar o ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção e só se admite quando expressamente a lei ou o regulamento dispõem nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como nulo.

Conclui-se, do exposto, que o caráter opinativo do parecer é a regra e que o caráter vinculante, que foge a essa característica é, portanto, a exceção, e como tal deve ser interpretado de forma restritiva, seguindo clássica lição de hermenêutica jurídica.

No Brasil, a doutrina encontra dificuldades em encontrar exemplos de pareceres vinculantes. Um dos exemplos citados nas obras doutrinárias são as Súmulas proferidas pela Advocacia Geral da União com base em decisões reiteradas dos tribunais pátrios e que, após aprovadas pelo Advogado Geral da União, têm caráter obrigatório para todas as repartições interessadas e, para toda administração, caso publicadas juntamente com o despacho presidencial, nos termos do inciso XII do artigo 4º e do artigo 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Não obstante, tais decisões são muito mais ligadas à normatização

⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 576-577.

da atividade administrativa do que a atividade consultiva propriamente dita. Além disso, tais súmulas são aprovadas por gestor público, qual seja, o Advogado Geral da União.

Outro exemplo encontrado na doutrina de parecer vinculante é o que consta no art. 42 da Lei Complementar 73/93, que trata dos pareceres das Consultorias Jurídicas que, aprovados pelos Ministros de Estado, dentre outras autoridades ali enumeradas, obrigam os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas à pasta.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸ está entre os juristas que, analisando tais disposições legais, asseveram que no ordenamento jurídico brasileiro não existem pareceres vinculantes, posto inexistem aqui situações em que a autoridade solicitante de parecer jurídico é obrigada a se curvar às conclusões nele expostas.

Veja-se, contudo, que tais normas, na verdade, corroboram com a já citada lição de Hely Lopes Meirelles de que o parecer, em si, não é ato administrativo, posto que este reside na subsequente aprovação.

No sentido da inexistência de caráter decisório em parecer jurídico, Carlos Pinto Coelho Motta⁹ considera difícil entender a distinção entre pareceres vinculantes e não vinculantes contida no art. 42 da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, adotando a teoria de que parecer vinculante não é parecer, mas sim decisão. Para ele, o que pode ocorrer é a existência de despacho normativo da autoridade superior fixando um determinado entendimento oficial para um assunto específico, vinculando

8 DI PIETRO apud ALEXANDRINO; PAULO, *op. cit.*, 2008, p. 06.

9 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Cautelas para formalização de parecer jurídico. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n.53, publicado em 31 de maio de 2008. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2636](http://www ambitojuridico com br/site/index php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2636)>. Acesso em: 13 mar. 2010.

o comportamento administrativo nos casos supervenientes. Assim, para o doutrinador, não é o parecer que é vinculante, mas o despacho (decisão) que o torna de observância obrigatória.

Entende-se, assim, que não existem pareceres vinculantes no Direito Brasileiro e que sua definição, advinda da doutrina francesa, é equivocada, destoando da natureza jurídica opinativa do parecer como ato da administração consultiva, em virtude de seu caráter decisório, o qual se assemelha muito mais a do ato administrativo.

2.2.1 - Da Classificação dos Pareceres no Âmbito das Licitações e Contratações Públicas

No tocante à classificação dos pareceres jurídicos emitidos no âmbito das contratações públicas, cabe destacar que a atuação do profissional do direito é invocada em duas situações diversas pelo artigo 38 da Lei 8.666/93, que trata da chamada fase interna da licitação. Na primeira hipótese, a lei trata dos pareceres jurídicos emitidos sobre a licitação, sua dispensa ou inexigibilidade que, ao lado dos pareceres técnicos, compõem a documentação do processo licitatório, conforme se extrai da leitura do *caput* do artigo e do seu inciso VI. Em um segundo momento, a lei impõe que o administrador submeta ao exame e aprovação da assessoria jurídica as minutas dos editais de licitação, dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, conforme se pode extrair do texto legal.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

[...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Os pareceres técnicos e jurídicos mencionados pelo inciso VI do art. 38, na exata lição de Marçal Justen Filho¹⁰, são “manifestações de terceiros, não integrantes da comissão de licitação, pertencentes ou não à Administração Pública”, que são fornecidos facultativamente, “tendo em vista a circunstância de cada caso”. Ou seja, o administrador poderá ou não solicitar tal parecer.

Tratam-se, portanto, de pareceres facultativos na medida em que a lei não obriga o administrador a requerer o prévio pronunciamento da assessoria jurídica sobre a legalidade do procedimento licitatório escolhido ou a adotar as conclusões de tal manifestação, caso requerido. No sentido do caráter facultativo e opinativo dos pareceres relativos à dispensa ou inexigibilidade de licitação se pronunciou o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança 24.073 e 24.631.

Corroborando ainda com a tese do parecer jurídico que compõe o processo licitatório como opinião técnica não vinculante, Rony Charles Lopes Torres¹¹ salienta que tal pronunciamento pode ser usado como motivação, a critério da autoridade competente, para a prática do ato administrativo que, por uma interpretação lógica, também pode entender por bem não utilizá-lo como tal, caso dele discorde, conforme dispõe o § 1º do artigo 50 da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitação e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 377.

11 TORRES, Ronny Charles Lopes. A Responsabilidade do parecerista na análise das minutas de editais e contratos. *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*, n.9, agosto de 2008. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idContento=7975&orenacao=14&id_site=1115>. Acesso em: 24 set. 2009.

no âmbito da administração pública federal.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

[...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

[...]

Para ilustrar tal entendimento, o autor cita, ainda, os acórdãos plenários 462/2003 e 147/2006 do Tribunal de Contas da União, no sentido de que o gestor pode se contrapor ao parecer jurídico, necessitando apenas motivar sua discordância. Afirma, por fim, que a doutrina majoritária entende que a ausência do parecer jurídico não acarreta a nulidade do procedimento licitatório¹².

No tocante à manifestação jurídica prevista no parágrafo único do artigo 38, verifica-se que se trata de pronunciamento obrigatório, posto ser um dever do administrador submeter as minutas de editais e contratos (ou instrumentos similares) ao exame e aprovação da assessoria jurídica.

Esse posicionamento é confirmado pela prática administrativa, já que ocorrem contratações ou publicações de editais que desrespeitam a remessa prévia dos autos ao órgão competente pelo assessoramento jurídico.

Marçal Justen Filho¹³ observa que, a despeito da obrigatoriedade da prévia análise pela assessoria jurídica das minutas de editais e de

12 Cf. TORRES, 2009.

13 JUSTEN FILHO, *op. cit.* 2004, p. 378.

contratos nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, tal regra visa evitar a descoberta tardia de defeitos, sendo uma formalidade legal que não se exaure em si mesma.

Para o autor, o essencial para validade do ato é a sua regularidade e não a mera aprovação da assessoria jurídica. Por esse motivo, considera possível a aprovação ou não aprovação posterior do ato pela assessoria jurídica, conforme entenda pela regularidade ou pela existência de erro que não possa ser suprido, e advoga pela responsabilidade funcional do agente que não observou o pronunciamento da assessoria jurídica em tal situação.

Também possui tal entendimento o doutrinador e procurador do Estado do Rio de Janeiro, Marcos Juruena Vilela Souto, por considerar que a verificação das minutas pela assessoria jurídica é medida salutar de controle interno preventivo e que a sua falta não implica necessariamente em um contrato nulo. Para ele, o vício de forma só acarreta a nulidade do ato se a formalidade for essencial, quanto ao objeto e à forma de execução do contrato. Ressalva que o servidor responsável pela quebra do procedimento, aí incluído o assessor jurídico, “responderá pelos prejuízos causados por sua omissão, sem prejuízo das sanções administrativas previstas para o descumprimento do dever legal (no âmbito do poder disciplinar da autoridade superior)”¹⁴.

Partindo de tal raciocínio, pode se chegar à conclusão de que o parecer jurídico previsto no parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, a despeito de ser obrigatório, não é também vinculante, conforme entendimento esboçado pelo Ministro Joaquim Barbosa nos Mandados de Segurança 24.584 e 24.631, que serão objeto de análise adiante.

Isso porque, se admitíssemos tal manifestação jurídica como

¹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Licitações e contratos administrativos: lei 8.666/93 comentada*. Rio de Janeiro: Esplanada/Adcoas, 1993, p. 195.

vinculante, seria inequívoca a constatação de que todas as licitações, contratações, aditamentos e alterações contratuais que prescindiram de tal manifestação seriam nulas de pleno direito. Mais ainda, significaria, a teor do disposto no §1º do artigo 42 da Lei nº 9.784/99, que todos esses procedimentos apenas poderiam ter continuidade após a emissão do parecer jurídico, imposição abundantemente desmentida pela realidade fática sendo, infelizmente, comum a realização de aditamentos contratuais sem a prévia oitiva ao órgão de assessoramento jurídico.

Pelo exposto, no artigo 38 da Lei nº 8.666/93 temos, de um lado, a faculdade do administrador de obter um parecer jurídico sobre a licitação, sua dispensa e inexigibilidade, que passará a compor o processo licitatório e, de outro lado, temos a obrigatoriedade do controle do edital e do instrumento contratual por assessoria jurídica da administração antes do início da fase externa da licitação. Assim, não há que se falar em parecer vinculante no âmbito das contratações públicas, mas tão somente de pareceres de caráter facultativo ou obrigatório, nos casos de pronunciamento da assessoria jurídica, nos termos do inciso VI e do parágrafo único da Lei nº 8.666/93, respectivamente.

2.3 - O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E A DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR

Os pareceres jurídicos por vezes envolvem o exame da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o que fomenta a discussão sobre a possibilidade jurídica da responsabilização do advogado que o emitiu, em virtude da discricionariedade do administrador no emprego de tais conceitos.

Inicialmente, sobre a complexidade de interpretação dos textos legais, vale citar a lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros

Grau¹⁵ na condição de doutrinador:

Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscano, como a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas.

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o Juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe.

O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebelsky].

Esse raciocínio mostra que o trabalho do jurista não pode ser equiparado ao de um técnico das ciências exatas, limitado à utilização das peças e ferramentas indicadas nos manuais. O direito como ciência social permite demonstrar uma nova concepção do ordenamento jurídico sobre o caso concreto.

No caso dos pareceres que examinam hipóteses de contratação pela administração pública, as maiores celeumas quanto ao trabalho do advogado ocorrem nas contratações diretas que, se não ocorrem pelo diminuto valor da obra, decorrem da utilização pelo administrador de conceitos jurídicos indeterminados como a urgência, a notória

15 GRAU apud TORRES, *op. cit.*, 2009.

especialização ou a inviabilidade de competição como justificativas para não realização de concorrência entre os fornecedores. Essas hipóteses merecem toda a atenção dos órgãos de controle por excepcionarem a regra geral da licitação, que tem como fim garantir a isonomia entre os participantes e selecionar a proposta mais vantajosa para administração.

O “conceito jurídico indeterminado” é assim explicado por Sérgio Guerra¹⁶:

De outro lado, pela técnica de utilização de conceitos jurídicos indeterminados no processo legiferante, as regras para sua adoção não parecem bem delineadas, não obstante indiquem a sua aplicação em determinados casos concretos. Nessas circunstâncias, a norma não determina o exato e preciso sentido desses conceitos, haja vista que estes não admitem uma rigorosa e abstrata quantificação ou limitação, somente devendo ser identificados, caso a caso, diante do fato real.

Celso Luiz Moresco¹⁷, por sua vez, define o conceito jurídico de conteúdo indeterminado “como todo aquele cuja expressão de valor possui textura variável e abertura a que o Direito confere significado próprio”. Para o autor o conceito jurídico de conteúdo indeterminado possui extensão e conteúdo incertos porque o legislador não dispõe de competência (poder) para emitir ordens concretas (atos administrativos), mas apenas ordens gerais e abstratas posto que, se assim o fizesse, estaria usurpando a competência do administrador de expedir atos administrativos. Além disso, existe a impossibilidade do legislador prever toda e qualquer situação possível de ocorrência.

¹⁶ GUERRA apud SOUTO, Marcos Juruena Vilela Souto. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta da empresa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado/Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 30, n 64, jul-dez, 2006. Companhia Rio Grandense de Artes Gráficas: Porto Alegre, 2006, p. 21.

¹⁷ MORESCO apud SOUTO, *op. cit.*, 2006, p. 21.

No direito brasileiro vigente, o primeiro juízo de avaliação dos conceitos jurídicos indeterminados - que leva à dispensa, inexigibilidade ou parcelamento do procedimento licitatório - é do administrador que a ordena; o segundo, da autoridade superior àquele, do órgão ou entidade interessada, que será comunicada do ato e que pode ratificá-lo ou não. Assim sendo, a interpretação do conceito jurídico indeterminado no caso de contratação indireta cabe, em suma, ao administrador no limite da razoabilidade, restando ao setor jurídico tão somente verificar se a lei abriga a solução encontrada.

Nesse sentido Antonio Roque Citadini¹⁸ esclarece:

A contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade, bem como o retardamento de execução contratual, deverão ser sempre adequadamente motivados, informando o administrador, com clareza, a situação concreta que o obriga a tal ato, apontando, inclusive, o dispositivo legal que permite tal procedimento. Deverá o gestor apontar as razões da dispensa ou inexigibilidade, de tal forma que a contratação direta seja adequada para a situação de fato enfrentada pela Administração. Igualmente terá o administrador que justificar a escolha do contrato, posto que não é admitida pela lei a mera escolha que privilegie determinada marca, por protecionismo ou favorecimento. Quanto aos preços contratados, deverá o gestor certificar-se indicar que estão conforme os praticados pelo mercado e com outros órgãos da Administração Pública (sic).

Assim sendo, o controle sobre o ato do administrador que aplica o conceito jurídico indeterminado se limita à verificação da presença dos elementos legais desse ato, “não podendo a autoridade controladora substituir o juízo de valor do administrador pelo seu, sob pena de subverter o sistema de separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição

18 CITADINI apud SOUTO, *op. cit.*, 2006, p. 23.

Federal”, conforme nos ensina Marcos Juruena Vilela Souto ¹⁹. Não obstante, admite o autor que sobre tal valoração pode excepcionalmente ser exercido o controle da legalidade, desde que respeitada uma “zona cinzenta” sobre os motivos e fins invocados pelo administrador.

A discricionariedade do administrador consiste, em suma, na sua liberdade para avaliar a conveniência e oportunidade das opções apresentadas pela lei diante de um caso concreto. Assim, não é casual a ausência de referência constitucional à fiscalização quanto ao mérito, à conveniência do ato administrativo ou, mesmo, sobre a discricionariedade do administrador. Ou seja, existe no ato administrativo um elemento subjetivo a critério da autoridade competente, sobre o qual não pode haver interferência por qualquer órgão de controle, seja ele o Judiciário, o Tribunal de Contas ou assessoria jurídica, no seu controle prévio aos órgãos externos.

Verifica-se assim que a atividade do advogado, no âmbito das contratações públicas, deve se limitar a atestar que a interpretação pelo administrador dos fatos inerentes à aplicação de um conceito jurídico indeterminado está adequada ao ordenamento jurídico. Não cabe, portanto, ao advogado, a missão de motivar o ato administrativo, mas tão somente de atestar a conformidade dos motivos do administrador com a legislação vigente.

3 - DA RESPONSABILIDADE PELA EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO

3.1 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO COMISSIVO OU OMISSIVO

As infrações cometidas por um agente público o sujeitam, conforme o

¹⁹ SOUTO, *op. cit.*, 2006, p. 24.

caso, à responsabilização nas esferas administrativa (sanções disciplinares como multa, suspensão e demissão), criminal (sanções penais) e civil (reparação de danos patrimoniais).

Para situações envolvendo processos licitatórios, contratações e utilização de verbas públicas, cumpre esclarecer que existe, ainda, expressa previsão de penalidades pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, para os atos de improbidade.

A responsabilidade civil é conceituada por Maria Helena Diniz²⁰ da seguinte forma:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado por terceiros, em razão de atos por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

O direito brasileiro adota, em termos gerais, a teoria da responsabilidade civil subjetiva (art. 186 do Código Civil de 2002), que se funda na teoria da culpa. Ou seja, para que haja o dever de indenizar é necessária a existência da culpa ao lado do dano e do nexo de causalidade entre esse e o fato. Já o sistema subsidiário do direito civil brasileiro é o da responsabilidade civil objetiva (art. 927, parágrafo único do Código Civil de 2002) que se funda na teoria do risco, ou seja, para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa), bastando a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Dessa forma, tratando-se de um sistema subsidiário, somente haverá a responsabilidade objetiva no direito brasileiro quando a lei assim dispuser ou quando a atividade do agente, por sua natureza, implicar risco para outrem, conforme se pode extrair dos arts. 927 e 933 do Código Civil de 2002.

20 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 34. v.7.

A responsabilidade civil dos agentes públicos é do tipo subjetiva, ou seja, por culpa comum, assim entendida como aquelas hipóteses em que o agente agiu com dolo (intenção) ou culpa em sentido estrito (negligência, imperícia ou imprudência). Por isso, não pode o agente ser responsabilizado pelo dano objetivamente, ou seja, independente do elemento culpa em sentido amplo²¹.

Por outro lado, a caracterização da responsabilidade civil requer: a existência de uma ação, comissiva ou omissiva. Ou seja, pode decorrer da ação ou omissão do agente público. Assim sendo, a responsabilidade decorrente da elaboração de parecer jurídico pode residir não apenas nas consequências do ato praticado, mas também do retardamento ou não emissão do parecer.

Na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99), aplicável à Administração Federal Direta e Indireta, podem ser encontradas algumas regras acerca da responsabilidade do agente público que deixa de dar o seu parecer no prazo fixado pela lei, bem como as consequências dessa demora para o processo administrativo do qual o parecer faz parte.

Nos termos do já citado art. 42 da Lei 9.784/99, um parecer obrigatório deve ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo. No caso do parecer obrigatório e vinculante, o processo permanecerá parado até a apresentação do parecer com responsabilização daquele que deu causa ao atraso; no caso do parecer obrigatório não vinculante, a despeito da responsabilidade de quem se omitiu persistir, o processo prosseguirá e será decidido sem tal parecer.

Por tal razão, a despeito de verificarmos, mais uma vez, a

21 Cf. ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 386.

necessidade da classificação do parecer em obrigatório e vinculante, em virtude de tal critério definir se o processo pode ou não prosseguir sem o parecer, verifica-se que nas duas situações o servidor da administração pública federal que deixou de entregá-lo no prazo será responsabilizado pelas consequências do atraso.

Nesse momento, cabe lembrar lição de Carvalho Filho²², no sentido de que a ampliação do prazo legal, por comprovada necessidade de maior lapso de tempo para conclusão da tarefa, incumbe ao dirigente do órgão jurídico federal, a quem compete invocar os fundamentos que a amparam, como a complexidade da matéria, a carência de servidores e o excesso de atribuições, dentre outros.

Diante do ora exposto e partindo da premissa de que a emissão do parecer jurídico no procedimento licitatório é obrigatória, chega-se à conclusão de que é possível a responsabilização do consultor jurídico pertencente à administração federal que deixar de emitir seu pronunciamento no prazo legal, ressalvada a inexistência de culpa ou dolo em tal omissão.

Verificada a possibilidade de responsabilização no caso de demora de emissão do parecer, passaremos a analisar a questão central do presente estudo, qual seja, a responsabilidade decorrente da emissão de parecer jurídico em procedimento licitatório posteriormente tido como ilegal ou lesivo ao erário.

3.2 - DA INVOLABILIDADE DO ADVOGADO E DOS LIMITES DA PRERROGATIVA PROFISSIONAL

O posicionamento da doutrina de longa data era no sentido de que seria impossível responsabilizar o advogado em razão do entendimento

22 CARVALHO FILHO apud AMORIM, *op. cit.*, 2008, p. 254.

por ele defendido em parecer jurídico. Tal conclusão tinha como fundamento o artigo 133 da Constituição Federal da República, que garante independência e imunidade aos advogados por suas ações ao prever que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, regra repetida pelo § 3º do artigo 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994), que dispõe que “no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

A disposição constitucional que trata da imunidade do advogado no exercício profissional, segundo o professor Gladstone Mamede²³, em virtude de sua localização normativa, goza de predominância sobre o sistema jurídico brasileiro, refletindo a preocupação de nossa sociedade com o tema, posto que esse foi colocado dentre os mais relevantes da República. Por outro lado, em virtude da sua forma, esclarece que o advogado tanto presta um serviço público indispensável, como é inviolável por suas manifestações e atos no exercício da profissão. Motivo pelo qual conclui que se trata de norma garantidora, que visa acima de tudo assegurar ao advogado liberdade, autonomia e independência necessárias ao exercício de seu ofício. Assim sendo, quando o advogado emite um parecer, está protegido pela tutela constitucional e legal que assegura, garante e protege sua atuação, tornando-o inviolável por seus atos e manifestações. Tutela que se afigura na principal prerrogativa do advogado.

As prerrogativas profissionais dos Advogados, muito mais do que faculdades jurídicas que lhes são inerentes, são meios essenciais

23 MAMEDE, Gladstone apud SOUZA, Omar Bradley Oliveira de. A Responsabilidade do advogado público por atos e manifestações praticados no exercício de suas atribuições. *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*, n. 75, abril de 2008. Disponível em: <http://www.ambientejurico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2636>. Acesso em: 24 set. 2009.

destinados a ensejar a proteção e o amparo dos direitos e garantias que o sistema de direito constitucional reconhece às pessoas e à coletividade em geral, conforme leciona o Ministro Celso de Mello citado por Omar Bradley Oliveira de Souza²⁴.

Não obstante, tal imunidade não é absoluta, não podendo ser usada como “verdadeiro escudo protetivo de práticas ilícitas, nem tão pouco como argumento para afastamento da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”, na exata lição de Alexandre de Moraes²⁵. Prolongue o autor ensinando que os direitos e garantias têm como limites os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição Federal da República, posto que no sistema jurídico brasileiro vigora o princípio da relatividade segundo o qual, no conflito entre dois direitos, deve se procurar harmonizar e combinar os bens jurídicos em conflito. Ou seja, a norma da inviolabilidade não se reveste de caráter absoluto, sendo possível a responsabilização do advogado.

A doutrina pátria majoritária pauta-se no sentido de que, se a manifestação do advogado encontra-se fundamentada em jurisprudência ou em doutrina abalizada, se defende tese jurídica razoável ou que não tenha sido rejeitada pela jurisprudência, o advogado não pode ser responsabilizado pelo parecer jurídico²⁶.

Dentre os doutrinadores que adotam tal posicionamento encontra-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷, que ensina o seguinte:

24 MELLO, Celso apud SOUZA, *op.cit.*, 2009.

25 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 60-61.

26 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitação e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 214.

27 Cf. DI PIETRO, 2000, p. 150.

Há de se atentar, no entanto, para o fato de que as leis, muitas vezes, admitem interpretações diversas, não se pode concluir, em grande parte dos casos, que um ato acarrete a responsabilidade só porque a interpretação adotada pelo Tribunal de Contas é diferente daquela adotada pelo advogado que emitiu parecer. Tudo depende do exame de cada caso. Se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência não há como responsabilizar o advogado, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer.

Também seguem nesta direção as lições sempre lúcidas do Professor Luís Roberto Barroso, consagrado constitucionalista, que assinou a inicial do MS 24.073-DF e que foram citadas como fundamentos pelo Ministro Carlos Velloso:

Certo é, bem esclarece a inicial, “*que a garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado não se reveste de caráter absoluto. Os advogados - como de regra, quaisquer profissionais - serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes do ato (ou omissão) praticado com dolo ou culpa, nos termos do art. 159 do Código Civil e, em especial, consoante o disposto no art. 32 da Lei 8.906/94, cuja dicção é a seguinte: “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”*”. Todavia, acrescenta a inicial, com propriedade, que, “*de toda forma, não é qualquer ato que enseja a responsabilização do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Divergência doutrinária ou discordância de interpretação, por evidente, não se enquadram nesta hipótese.”* (STF, Pleno - MS nº 24.073-3/DF, rel. Min. CARLOS VELLOSO. DJU, 23.10.2003- Grifos no original).

Tais lições sobre os limites da responsabilidade do advogado se encontram, aliás, estampadas na própria ementa do referido acórdão, como se verá mais adiante.

No que tange ao erro inescusável, não é fácil defini-lo. Isso porque há de ser lembrado que o advogado exerce uma obrigação de meio, ou seja, ele terá o dever legal, previsto no art. 2º, § 2º da Lei 8.906/94, de ter um bom desempenho nas atividades próprias de seu mister, sem, entretanto, ter o dever de alcançar o resultado. Significa dizer que o patrono não pode ser responsabilizado, por exemplo, se a parte por ele patrocinada perder a causa.

Pode o erro inescusável ser de direito e de fato. Como erro de direito podemos citar os seguintes exemplos: desatenção à jurisprudência dominante; o desconhecimento de texto expresso de lei de aplicação frequente ou corrente ao caso; interpretação claramente absurda; opiniões teratológicas; opinião sem motivação ou sem fundamentação. Como erro de fato, só a investigação do caso concreto poderá elucidar a celeuma e concluir sobre a existência ou não de ato ilícito. Pode ser citado como exemplo desse tipo de erro, o fato do profissional deixar de solicitar um exame técnico indispensável ao caso, emitindo seu pronunciamento sem ouvir o especialista.

Já o dolo estará configurado quando o agente, de má-fé, quis um resultado, ou considerou e arriscou-se a tê-lo (dolo eventual), sabendo dos efeitos do seu ato. Exemplo de dolo no que tange aos pareceres é: o advogado deliberadamente sustentar tese sem fundamentação jurídica ou opinar sabendo que a tese é ilegal.

Por outro lado, para que fique caracterizada a culpa do advogado é preciso que o ato ilícito contenha erro inescusável, de modo que é imprescindível que se revele que o profissional foi descuidado, grosseiramente equivocado ou desinteressado pelo estudo da causa ou do direito, a ponto de não conseguir se escusar.

Assim sendo, entende-se que não é a culpa tradicional do Direito

Civil que vai responsabilizar o advogado, nos termos do art. 32 e demais disposições da Lei 8.906 (Estatuto da Advocacia), mas sim aquela decorrente de culpa grave, entenda-se, aquela em que o agente se conduz ou se omite com imprudência, imperícia ou negligência grosseira.

Para ilustrar, cumpre destacar que tal Estatuto impõe sanções disciplinares tão somente em casos de condutas em que aja com dolo, má-fé, culpa grave ou erros reiterados, conforme se pode extrair do rol de infrações disciplinares do art. 34 da Lei 8.906/94, do qual se destacam as seguintes hipóteses: advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior; prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio; acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione; deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa; incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional.

Em virtude do seu renome em relação ao estudo das Licitações e Contratos, se faz necessário informar que dentre aqueles que afirmam postura mais rígida com relação à verificação da culpa do advogado, está o doutrinador Marçal Justen Filho²⁸, que em seus “Comentários a Lei de Licitações e Contratos”, ao tratar da obrigatoriedade da prévia análise pela assessoria jurídica das minutas de editais e de contratos (ou instrumentos similares), nos termos do parágrafo único do mesmo artigo 38 da Lei 8.666/93, faz o seguinte comentário:

Ao examinar e aprovar atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado. Ou seja,

²⁸ Cf. JUSTEN FILHO, 2004, p. 379.

a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição.

Ele sustenta, em suma, a tese de que os advogados têm o dever de se manifestarem com relação a todas as ilegalidades contidas no ato, sob pena de se responsabilizarem pelas mesmas. Ademais, para o supracitado autor, se há posições divergentes sobre determinado assunto, o advogado deve apontar todas elas, ainda que prefira uma em detrimento de outras. Conclui que, se o advogado omite-se em torno de um dado posicionamento, divergente do seu, ele estará sujeito à responsabilização, na hipótese do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666.

Percebe-se que o doutrinador sustenta posição mais rigorosa em relação à responsabilidade do advogado, pelo menos quanto da emissão do parecer obrigatório previsto no parágrafo único do art. 38. Mas não faz o mesmo quanto aos pareceres do inciso VI do referido artigo da Lei 8.666, ressalvando o caráter facultativo de tais manifestações emanadas de especialistas não integrantes da Comissão de Licitações e Contratos²⁹.

29 Cf. JUSTEN FILHO, 2004, p. 377.

O professor catarinense Joel de Menezes Niebuhr³⁰, ao discordar do comentário do professor paranaense Marçal Justen Filho, esboça o seguinte entendimento:

Quanto melhor que o advogado exponha à autoridade administrativa todos os entendimentos sobre a questão que lhe foi posta à apreciação. Entretanto, não se pode dizer que isso seja obrigatório. O advogado, ao elaborar parecer, deve sugerir certa solução jurídica e fundamentá-la. Ele não precisa tratar de todas as soluções possíveis e imagináveis, o que demandaria esforço extremado. Por exemplo, hoje, supõe-se, há mais de uma centena de títulos publicados sobre licitação pública. Na linha defendida por Marçal Justen Filho, o advogado teria que consultar todos, para inventariar todas as posições sobre a questão analisada. Isso porque, talvez, um autor defenda entendimento peculiar, que diverge do entendimento de todos os demais. Não se pode exigir dos advogados pesquisa de tamanho porte para a elaboração de mero parecer; que ele verifique o entendimento de autor por autor, de tribunal por tribunal.

Na sequência, para fundamentar sua divergência, Niebuhr cita lição de Carlos Pinto Coelho Motta³¹, seguida por grande parte da doutrina:

Não cabe, pois ao intérprete julgar a motivação do parecer - tarefa esta extremamente subjetiva, mas apenas verificar a ocorrência de intenção deliberada da prática delituosa de prejudicar, ou a ocorrência de imprudência, imperícia ou negligência, atos estes que são expressão indicativa do dolo ou culpa a que se referem os dispositivos mencionados e que devem ser apurados, certamente, mediante o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

30 NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para administração pública. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMEC)*, n.18, v.12, 2005, p. 377.

31 MOTTA, Carlos Pinto Coelho apud NIEBUHR, Joel de Menezes, *op. cit.*, 2005, p. 377.

Lucas Rocha Furtado³², ao tratar da prerrogativa da imunidade do advogado e dos seus limites em matéria de licitações e contratos ensina, ainda, que em razão do princípio da segregação de funções, é essencial a correta definição do papel do órgão jurídico, posto que não é correto conferir a esse a responsabilidade em razão de falhas técnicas ocorridas nos processos de contratação em área estranha à jurídica ou exigir que esses sejam capazes de identificar tais falhas. Ensina o doutrinador que o advogado deve tão somente verificar se “constam nos autos os estudos ou informações técnicas que justificam as especificações do objeto do contrato e as exigências de qualificação técnica e econômico-financeira constantes no Edital de Licitação”. Para melhor compreensão da hipótese, exemplifica com a seguinte (hipótese).

Não é igualmente correto conferir responsabilidade ao órgão jurídico em razão de falhas técnicas ocorridas nos processos em que atua. Exemplo, se em determinado processo licitatório consta manifestação do órgão técnico que subsidiou a elaboração do projeto básico para contratação de serviço de informática, e, posteriormente, constata-se que as especificações técnicas resultaram em evidente direcionamento do edital, não se pode atribuir responsabilidade ao advogado, salvo se tratar de falha ou irregularidade tão evidente que qualquer pessoa que tenha o mínimo de conhecimento de informática seria capaz de identificar.

Ou seja, no procedimento licitatório, em relação às especificações técnicas, salvo a hipótese de falha grosseira que salte aos olhos do homem comum, a responsabilidade do advogado se limita a verificar a adequação das exigências do órgão licitante frente às necessidades apontadas pela área técnica competente, para garantir a igualdade de condições entre os licitantes e a obtenção da melhor proposta para a administração.

32 FURTADO, Lucas Rocha, *op. cit.*, 2007, p. 215.

Por todo o exposto, e a despeito da divergência existente, a maioria dos autores não exige que todas as posições discordantes sobre dado assunto sejam suscitadas no parecer, somente reconhecendo a responsabilidade dos advogados diante de casos absurdos, de pareceres temerários, em que o subscritor tenha atuado culposa ou dolosamente. Considera-se ainda que a referida responsabilidade deve ter como limite o princípio da segregação de funções, não se podendo punir o advogado em razão da existência de falhas no procedimento licitatório advindas de área técnica estranha ao serviço jurídico.

3.3 - COMPETÊNCIA PARA PUNIR O ADVOGADO

Com base no disposto no artigo 133 da Constituição Federal da República e no artigo 2º do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) não resta dúvida de que o advogado privado se sujeita ao regime disciplinar imposto pela referida lei e, de que o Advogado Público, além de estar sujeito a tal regime, também se submete àquele próprio da procuradoria ou consultoria a que está vinculado. Exemplo disso é o que ocorre com os membros da Advocacia Geral da União, que estão sujeitos às sanções disciplinares aplicadas pelo Advogado Geral da União nos processos administrativos movidos pela Corregedoria-Geral da União, nos termos do inciso XV do artigo 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União.

No sentido da simultânea sujeição do advogado público ao regime jurídico estatutário que o vincula à entidade pública e, de outro lado, ao Estatuto da OAB, foi consolidado o entendimento do STF ao julgar a ADI 2.652/DF, no qual o relator Ministro Maurício Correia defendeu que os advogados públicos se submetem a um duplo regramento, qual seja: a legislação específica que rege a profissão de advogado e também ao regime próprio do ente público contratante, motivo pelo qual continuaria

sujeito aos direitos, prerrogativas e deveres da profissão, nos termos do Estatuto da Advocacia³³.

Assim, não resta dúvida que a Ordem dos Advogados do Brasil é competente para punir disciplinarmente advogados que tenham causado prejuízos a terceiros por má-fé, por culpa ou por erro inescusável, conforme se depreende da lista de infrações disciplinares do artigo 34 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia).

No entanto, a competência da Ordem dos Advogados do Brasil para punir advogados por infrações disciplinares não exclui a competência disciplinar das respectivas corregedorias e da jurisdição comum.

O fato de os membros da categoria profissional dos advogados estarem sujeitos à fiscalização do seu órgão de classe não os isenta de responder civil e penalmente perante o judiciário, se agirem com dolo ou culpa grave, ou seja, além dos limites da sua imunidade profissional, conforme se pode extrair dos artigos 17, 32 e 71 da Lei 8.906/94, abaixo transcritos:

Art. 17. Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer.

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Art. 70. O poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base

33 Cf. AMORIM, *op. cit.*, 2008, p. 242.

territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal.

[...]

Art. 71. A jurisdição disciplinar não exclui a comum e, quando o fato constituir crime ou contravenção, deve ser comunicado às autoridades competentes.

A polêmica em relação ao tema reside em saber se aqueles advogados que prestam os seus serviços para a Administração Pública, tomando decisões ou assessorando na tomada de decisões, estão sujeitos ao Tribunal de Contas da União (TCU) e, principalmente, se podem ser condenados, como se administradores fossem, a pagar as multas instituídas pelos artigos 57 e 58 da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992), que têm como sujeitos os responsáveis por contas públicas.

No que tange à obrigação de prestar informação perante os Tribunais de Contas, parece não ter razão os que discutem sobre tal prerrogativa pertencer às Cortes de Contas, pois os profissionais que emitem pareceres perante a Administração não são meramente advogados. Afora advogados, eles são agentes administrativos e, como tal, devem prestar esclarecimentos aos respectivos órgãos de controle, que têm como missão avaliar, dentre outros aspectos, a legalidade dos atos.

Essa afirmação está em consonância com o entendimento exposto por diversos ministros do STF, conforme será adiante demonstrado, no julgamento do Mandado de Segurança 24.584/DF, em que se denegou a segurança e se permitiu que procuradores federais, que atuam na função consultiva, prestem esclarecimentos ao TCU sobre suas manifestações relativas às contratações dos entes públicos.

A questão principal reside na competência dos Tribunais de Contas para, apurando prejuízo ao erário em procedimento licitatório tido como

irregular, punir o advogado que ali atuou, ou somente comunicar o fato tido como gravoso aos órgãos competentes, como ocorre com as ilegalidades perpetradas por particulares com o intuito de fraudar o procedimento licitatório ou as contratações diretas.

A Constituição Federal, notadamente em seu artigo 71, indica as competências do Tribunal de Contas da União, dentre as quais em razão do tema proposto se destaca a de julgar contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores (inciso II) e aplicar a esses em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei que estabelecerá, entre outras combinações, multa proporcional ao dano causado ao erário (inciso VIII).

Por sua vez, à Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - repete, em seu art. 1º, o disposto no art. 71 da Constituição da República, acrescentando em seus artigos 5º e 41 que sua jurisdição abrange, além de qualquer pessoa física, órgão ou entidade que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores da administração pública federal, aqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário efetuando, para eficácia do seu controle, a fiscalização dos atos de que resultem receita ou despesa.

Cumpre nesse momento lembrar que o responsável pelas “Contas”, nos termos dos artigos 80 e 81 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, é o ordenador de despesas, ali definido como “toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.”

Regulamentando a competência do TCU no âmbito das Licitações e Contratos da Administração Pública, além do art. 41 da Lei 8.443/92,

prevê também o art. 113 da Lei 8.666/93, ao dispor:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

Assim sendo, é indubitável a competência do Tribunal de Contas para fiscalizar e apreciar licitações e contratos da Administração, no que tange a legalidade e regularidade das despesas e de sua execução. A celeuma reside na possibilidade do Tribunal de Contas punir os advogados que ali atuam com a imposição de multas, como se fossem administradores ou responsáveis por bens e direitos públicos, nos termos dos artigos 56 a 58 da Lei 8.443/93, conforme apontam as recentes manifestações do TCU.

O advogado da União Ronny Torres³⁴ também se posiciona contra tal possibilidade. Como fundamento do seu entendimento argumenta sobre a competência disciplinar da OAB ou da respectiva Corregedoria para

34 TORRES, Ronny, *op. cit.*, 2009.

punir o advogado, deixando claro que a incompetência do TCU não conduz à impunidade dos advogados. Ou seja, o que existe são competências diversas entre os órgãos, delimitadas pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, lembra que o responsável pelas contas é o ordenador de despesas, nos expressos termos do Decreto-Lei 200/67, que assim define.

Com essa razão entende que não haveria como afirmar a competência das Cortes de Contas em relação ao advogado, na medida que esse tão somente emite uma aferição técnico-jurídica, à qual o administrador sequer está adstrito, conforme admite o próprio TCU em alguns dos seus julgados. Não podendo, por isso, ser o advogado tido como responsável por contas para ser alcançado pela competência de Tribunal de Contas.

Por final, concluiu o autor que o Tribunal de Contas deve o caso aos órgãos competentes, posto que a aplicação de multa ao advogado em razão da atividade advocatícia de assessoramento jurídico, pelo TCU, além de extrapolar a sua competência, permite-lhe uma opinião superior e vinculante sobre qual o direito aplicável posto que, em última análise, essa eventual responsabilização ocorreria porque esse definiu que a compreensão jurídica do parecerista está errada ou é irrazoável³⁵.

Em posição oposta, o professor Jair Santana³⁶, em texto sobre a responsabilidade do parecerista na aprovação do instrumento convocatório, adota “ipis literis” o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a matéria, no sentido da competência de tal corte para punir o advogado que atua na função consultiva, quando seu parecer constituir a fundamentação jurídica do ato danoso, constituindo-se,

35 Cf. TORRES, *op. cit.*, 2009.

36 SANTANA, Jair Eduardo. Responsabilidade do parecerista na aprovação do instrumento convocatório. Disponível em: <http://www.jairsantana.com.br/portal/media/download_gallery/Responsabilidade_parecerista_paper.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2009

portanto, na própria motivação da decisão adotada. Razão pelo qual estaria inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU, *ex vi* do art. 70 *caput*, e 71, II, da Constituição Federal.

Por outro lado, conforme se verá adiante, em sentido diverso à inteligência do TCU parece estar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai dos acórdãos proferidos nos Mandados de Segurança 24.073 e 24.631, nos quais foi concedida a segurança para afastar a responsabilidade de procuradores junto à Corte de Contas.

4 - DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 - DO POSICIONAMENTO DA CORTE DE CONTAS DA UNIÃO

Para o Tribunal de Contas da União, conforme se pode extrair do Acórdão Plenário 0462-16/03, proferido em sessão realizada em 07/05/03 e relatada pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, a responsabilidade do advogado autor de um parecer jurídico deve ser desdobrada em pelo menos duas esferas distintas, que não se excluem. A primeira diz respeito à responsabilidade do advogado pelo exercício profissional da advocacia, cabendo ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei 8.906/94, a aplicação das sanções disciplinares como censura, suspensão, exclusão e multa nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia, sem exclusão da jurisdição comum, perante as autoridades judiciais competentes. Na segunda, a responsabilidade imputada ao autor do parecer jurídico estaria inter-relacionada com a responsabilidade pela regularidade da gestão da despesa pública, disciplinada pela Lei

8.443/92, cuja fiscalização seria de competência do Tribunal de Contas, em hipóteses específicas de fraude e grave dano ao Erário, tendo em vista que a atividade de controle externo contemplaria, entre outros aspectos, a verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas defende que o parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade acatado pelo ordenador de despesas constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na competência da Corte de Contas, nos termos dos arts. 70, *caput*, e 71, II, da Constituição Federal.

Partindo da premissa de que o parecer integra o ato administrativo, os ministros do TCU entendem como descabida a alegação recorrente nas defesas dos advogados sobre a isenção da responsabilidade do autor do pronunciamento jurídico, uma vez que esse não estaria sob a jurisdição da Corte de Contas, por este não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos, nos termos da lei.

De acordo com o entendimento esboçado pelo Plenário do TCU no Acórdão 1674-32/2008, relatado pelo Ministro Ubiratan Aguiar e que cita como precedentes de tal posição consolidada pelos acórdãos 512/2003, 1.412/2003, 1.616/2003, 226/2004 e 696/2004 - 1674/2008 Plenário; 1.427/2003 e 3.059/2003 - 1^a Câmara; e 1.554/2004 - 2^a Câmara, é no sentido da sua competência para apreciar pareceres jurídicos que estejam vinculados à regularidade da gestão da despesa pública.

Conforme se pode extrair da leitura e análise das decisões

proferidas nos últimos anos pelo Tribunal de Contas da União, na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, o fundamental é apurar a existência de liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com o dano ao Erário (AC-0462-16/2003-P). Ou seja, sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública (Acórdãos: 2665-30/2007-1ª Câmara, 0157-02/2008-1ª Câmara e 1801-37/2007 - Plenário).

A jurisprudência do TCU é no sentido de deixar de responsabilizar o gestor se tiver atuado amparado em parecer jurídico devidamente fundamentado e alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência. No entanto, se o parecer não atender a tais requisitos, a Corte de Contas entende que o advogado deverá responder solidariamente com o administrador que praticou o ato irregular, mesmo que tal parecer não seja obrigatório ou vinculante, mas desde que contenha erro grave e inescusável como fundamento do ato administrativo danoso. (Acórdão 2104-41/07 - Plenário, sessão realizada em 03/10/07 e relatada pelo Ministro Marcos Vinícius Vilaça).

Para o Tribunal de Contas não é razoável isentar sempre aquele que elabora parecer jurídico, uma vez que em sua manifestação podem existir posições frontalmente contrárias à lei ou tendenciosas, fato que, nos termos do Acórdão nº 190/2001 - Plenário “levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão”.

No entendimento do TCU os advogados que atuam na atividade

consultiva, de forma genérica, só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou jurisprudência, de forma que guardem forte respeito aos limites definidos pelos princípios da moralidade, legalidade, publicidade, dentre outros (Acórdãos Plenários 1801-37/07 e 1674-32/08).

Por outro lado, entende a Corte de Contas que se o parecerista sustenta opiniões técnicas plausíveis, razoáveis, embasado na boa técnica jurídica e em doutrina consagrada, ainda que fundamentado em convicções pessoais, e sendo seu parecer um instrumento que servirá para orientar o administrador público a tomar decisões, não deverá existir a imputação de responsabilização solidária ao gestor faltoso, porquanto tal parecer estará livre de opiniões que possam ter carreado em si dolo ou culpa que, de alguma forma, poderiam induzir a erro.

Ao contrário, se houver parecer que induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que possam ferir princípios como o da moralidade, da legalidade ou da publicidade, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidades, entende o TCU que haverá solidariedade entre gestores e pareceristas, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática desses atos inquinados.

O Tribunal de Contas não isenta o técnico jurídico nem mesmo nos casos de parecer meramente opinativo, não limitando a sua responsabilidade às hipóteses legais de pareceres vinculantes ou à hipótese do parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, conforme entendimento esboçado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 24.584/DF, contudo, esse entendimento vem sendo citado nas recentes decisões do TCU, para confirmar a responsabilidade pessoal do advogado, nos casos de licitações e contratos

da administração pública tidos com irregulares, conforme se pode extrair dos acórdãos da primeira câmara 2665-30/2007-1 e 0157-02/2008-1, relatados respectivamente pelos Ministros Valmir Campelo e Raimundo Carreiro, em sessões realizadas em 04/09/07 e 12/02/08, respectivamente.

Da leitura dos julgados selecionados pelo próprio TCU como representativos de seu entendimento quanto à responsabilidade do advogado, nota-se que não existe um entendimento totalmente sistematizado sobre a matéria ali tratada. Não obstante, se pode chegar a algumas conclusões sobre o entendimento da matéria pelo Tribunal de Contas.

A primeira delas, e sobre a qual não paira dúvida, é que o TCU entende ser competente para punir o advogado subscritor de parecer utilizado pelo administrador como fundamento de atos fraudulentos ou gravosos ao erário. Tal tese se apóia em premissa equivocada de que o parecer jurídico integraria o ato administrativo, na medida em que lhe serviria de fundamentação, sendo, portanto, seu emissor alcançado como membro da Administração.

Extrai-se ainda dos julgados selecionados, que para configuração da responsabilidade do advogado em um caso concreto, bastaria constatar a existência do nexo de causalidade entre o dano e o parecer jurídico tido como equivocado ou tendencioso.

O TCU não tem como parâmetro a obrigatoriedade ou o caráter do parecer jurídico para responsabilização do advogado. Ou seja, tal órgão não adota a sistematização dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes. Isso se justifica na medida em que o Tribunal entende que o parecer se equipara ao ato administrativo na medida em que integra sua fundamentação.

Em relação à caracterização da culpa do advogado, não se vislumbra uma posição firme do TCU sobre esta ocorrer tão somente nos casos de erro inescusável, dolo ou culpa grave. O posicionamento desse Tribunal parece oscilar entre a culpa grave e a culpa simples, visto que em alguns julgados se observa a exigência de que o parecer esteja devidamente fundamentado para exclusão da responsabilidade do advogado.

Por todo o exposto, verifica-se que o Tribunal de Contas da União sustenta a responsabilidade plena do advogado pelas consequências dos atos administrativos fundamentados em seu parecer, se equivocado, mesmo que o administrador não seja obrigado a observar ou solicitar tal opinião técnica, equiparando o advogado ao responsável ou ordenador de despesas, na medida em que lhe impõe a responsabilidade solidária pelos atos do administrador que acolhe seu parecer como fundamentação do ato administrativo.

4.2 - DA POSIÇÃO ATUAL DO STF

4.2.1 - O Mandado de Segurança 24.073/DF

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 06/11/2002, deferiu por unanimidade o Mandado de Segurança 24.073, cujo objetivo era excluir os impetrantes, advogados empregados da empresa Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRÁS), do rol de responsáveis solidários pelas irregularidades apuradas pelo TCU, em contrato firmado pela referida estatal e a Arthur D. Little (ADL). Decisão cuja ementa ora se transcreve para melhor compreensão da questão.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente

com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 13.ed..., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (MS 24073, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003).

No caso em questão houve contratação direta da empresa de consultoria internacional sob o fundamento equivocado de que somente existiria um fornecedor apto a atender o objeto da licitação, ou seja, por inviabilidade da competição.

Em suas razões o TCU apontou pela responsabilidade dos impetrantes, não por discordar da interpretação legal do parecer emitido sobre a possibilidade de contratação direta, mas por considerar que os pareceristas deveriam averiguar com rigor a existência do requisito legal para aplicação da inexigibilidade de licitação, qual seja, a inviabilidade da competição. Acrescentou a Corte de Contas que seu posicionamento é pela responsabilização do advogado autor do parecer, quando tal pronunciamento servir de fundamentação ao ato do administrador que ordenou a despesa.

Diante da hipótese, vale ressaltar, conforme assevera Lucas Furtado³⁷, agiu acertadamente o Supremo Tribunal Federal em virtude do princípio da segregação das funções, “porque não é atribuição do

37 FURTADO, *op. cit.*, 2007, p. 213.

órgão jurídico identificar se existe um ou se são vários os fornecedores no mercado em condição de serem contratados". Houve, assim, erro do TCU na medida em que condenou os procuradores por falha no procedimento licitatório ocorrida em área estranha às suas atribuições, ao passo que cabia a assessoria jurídica tão somente verificar se as medidas adotadas para contratação direta eram adequadas às exigências da Lei 8.666/93.

Conforme esclareceu o relator, Ministro Carlos Velloso, a questão a ser ali dirimida era se o TCU pode responsabilizar solidariamente o advogado que emitiu parecer técnico jurídico sobre a possibilidade da contratação direta por uma estatal, quando houver inviabilidade de competição atestada pela área técnica responsável.

Na ocasião, o STF deferiu a segurança considerando que o parecer emitido sugerindo contratação direta através de interpretação da lei de licitações e contratos, "não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa", conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello em seu Curso de Direito Administrativo, citada por aquela Corte.

O fato de não ter ocorrido, na hipótese, vinculação do administrador à opinião do advogado, foi o primeiro fundamento para concessão do *Writ*, mas o principal, segundo o relator, seria a inviolabilidade do advogado, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal e do parágrafo terceiro do artigo segundo da Lei 8.906/94. Prerrogativa que, segundo o ministro Carlos Velloso, seria essencial ao desempenho da profissão, em virtude das diversas interpretações possíveis para um texto de lei, posto não ser o direito uma ciência exata.

Naquela ocasião, na manifestação no acórdão foi sustentado que o limite entre a imunidade profissional do advogado e da sua

responsabilidade civil pelos danos causados aos seus clientes seria a existência de culpa em sentido largo ou de erro grave e inescusável.

Houve, ainda, conclusão no sentido de que caberia à OAB punir os advogados impetrantes caso houvessem praticado infrações decorrentes de culpa grave, que causem prejuízo ao seu constituinte ou que evidenciem inépcia profissional, nos termos do artigo 18 e dos incisos IX e XXIV do artigo 34 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94).

Nesse sentido, acrescentou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto que, para concessão da segurança, bastaria o argumento constitucional, posto que o advogado, ali, como eventualmente um consultor técnico, certamente não se enquadra na hipótese constitucional invocada pelo TCU, qual seja, os artigos 70 e 71 da Constituição Federal que tratam da competência do TCU.

4.2.2 - O Mandado de Segurança 24.584-1/DF

No segundo semestre de 2007, no julgamento do MS-24584/DF, o Supremo Tribunal Federal emitiu decisão que causou agitação no meio jurídico.

Naquela ocasião, a maioria dos seus ministros seguiu o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, para denegar Mandado de Segurança impetrado por procuradores federais contra ato do Tribunal de Contas da União, que determinou a audiência de tais operadores do direito com o fim de responsabilizá-los por manifestações jurídicas emitidas, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, e relativas a convênios firmados pelo INSS, que foram objeto de fiscalização pelo TCU, conforme ementa abaixo transcrita.

*ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38
DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO -*

ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. (MS 24584, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007).

O pleno do Supremo Tribunal Federal esboçou ali o entendimento de que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e outros ajustes, nos termos do parágrafo único do citado artigo 38 da Lei de Licitações e Contratos, não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação ou não de tais atos. Motivo pelo qual não caberia a recusa dos técnicos jurídicos responsáveis por tais pareceres à convocação do Tribunal de Contas para prestarem esclarecimentos, conforme ementa transcrita.

A inteligência do STF no MS-25584-DF causou movimentação no meio jurídico em virtude de uma aparente mudança de posição da corte constitucional e por sinalizar que a aprovação ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o artigo 38 da Lei nº 8.666/93, é diferentemente do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo, possibilitaria a responsabilização do advogado.

Como fundamento da diferença do seu posicionamento como Relator no MS 25.584 com o seu posicionamento anterior no MS 24.073, o ministro Marco Aurélio suscitou o termo “aprovAÇÃO” constante no parágrafo único do artigo 38, argumentando que a aposição do visto pelo setor jurídico implica ratificação do teor do convênio ou do seu aditivo, consubstanciando em assunção de responsabilidade, posto que o administrador público não possui, via de regra, condição de avaliar o conteúdo técnico jurídico das peças que subscreve.

A obrigatoriedade da aprovação das minutas dos editais e instrumentos contratuais pelo advogado, expressa no parágrafo único do art. 38, também foi alvo de destaque no parecer do Ministro Carlos Velloso, que esboçou sua opinião no sentido de que a expressão “aprovação” para o direito administrativo implicaria em análise e emissão de valor de juízo, ao contrário do que ocorre na homologação, em que existe apenas a verificação das formalidades legais.

Na ocasião, foram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau e Cármem Lúcia, que votaram pelo deferimento da segurança. Por outro lado, votaram com o relator, denegando a segurança, os Ministros Cézar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie. Para melhor compreensão do debate travado e da polêmica existente no meio jurídico em relação a tal acórdão, cumpre destacar trechos dos votos que esboçam a divergência de entendimento dos ministros sobre a hipótese.

O Ministro Gilmar Mendes ponderou, em seu voto-vista, que não estaria a sustentar a ausência de responsabilidade dos advogados ou que os impetrantes não pudessem ser ouvidos em procedimento administrativo, mas que seria ilegítima a aplicação do inciso II do artigo 43 da Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/92), para fundamentar a notificação dos procuradores para prestarem justificativas, conforme fez o Tribunal de Contas no caso concreto. Assim sendo, seu voto pela concessão da segurança, em suma, foi no sentido de que os impetrantes não poderiam ser notificados na condição de responsáveis pelo ato administrativo tido como danoso, posto que referido texto legal que cuida da prerrogativa do TCU de, ao exercer fiscalização e encontrada irregularidade, determinar a audiência do responsável para apresentar razões de justificativa.

O Ministro Eros Grau, ao confirmar seu voto, levantou a preocupação com a redação do acórdão, posto que a denegação da segurança já estava

definida no momento de seu pronunciamento. Sua preocupação foi no sentido de que o texto não deixasse claro o caráter excepcional do caso analisado ou que se afirmasse pura e simplesmente a responsabilidade do advogado que atua na administração pública, o que geraria o temor de grande parte dos profissionais e embaraços nas atividades regulares da Administração. O ministro votou pela concessão da segurança esboçando o seguinte entendimento:

[...] a regra na lei de licitações e contratos é análoga à norma que há na contratação privada, apenas garante a participação do advogado como uma espécie de fiscal da forma. Nada Mais do que isso (MS 24.584, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-8-07, DJE de 20-6-08).

A Ministra Carmen Lúcia, por sua vez, acolheu o voto do Ministro Gilmar Mendes deferindo a segurança, acrescendo duas observações: a de não ser o parecer ato administrativo e o fato de existir legislação específica para punição dos advogados públicos e privados.

É importante observar que a decisão, a despeito dos debates sobre a responsabilidade do advogado, tinha como objetivo tão somente apreciar Mandado de Segurança cujo escopo era impedir que os procuradores impetrantes tivessem que apresentar justificativa sobre a aprovação de minuta de convênio e dos seus aditivos, tidos posteriormente com ilegais. E de toda forma, ficou ali expressamente ressalvado o direito dos impetrantes de acionarem o Poder Judiciário, por via ordinária, na hipótese de declaração de sua responsabilidade no encerramento do processo administrativo em curso no Tribunal de Contas da União.

No caso em questão os procuradores públicos não haviam sido condenados ou sequer ouvidos pelo TCU até o momento da impetração do *mandamus*, mas notificados pela Corte de Contas “para apresentarem razões de justificativa” sobre a aprovação de convênio e seus sucessivos

aditivos firmados pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e o CETEAD - Centro Educacional de Tecnologia em Administração.

Em resumo, o que o STF declarou é que não cabe Mandado de Segurança para impedir que o advogado seja notificado pelo TCU para prestar esclarecimento sobre sua atividade profissional no âmbito das licitações e contratos da Administração.

Ocorre que, como corretamente ponderou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, ao notificar os vários procuradores que apresentaram manifestação nos autos administrativos do convênio analisado, o TCU fundamentou tal convocação nos termos do art. 43, II, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), para que aqueles apresentassem justificativa, no prazo de 15 (quinze) dias, como responsáveis, em relação a atos considerados irregulares.

O Tribunal de Contas da União indicou ali a possibilidade de responsabilização dos procuradores pareceristas por si, posto que a verificação de irregularidades com base em tal dispositivo legal culmina na aplicação da penalidade de multa prevista no art. 58 daquela lei aos administradores ou responsáveis por recursos públicos em virtude de grave infração à norma legal ou por prática de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário.

Outrossim, no voto do relator do Mandado de Segurança em apreço, restam apontados elementos que denotam a posição favorável do Ministro Marco Aurélio em relação à responsabilização dos procuradores, apesar de ter argumentado que a ordem era no sentido da inexistência de direito líquido e certo dos procuradores de serem excluídos da apuração de eventual desvio de conduta na análise da estrita legalidade dos contratos por si aprovados. Nesse sentido da responsabilização destaca-se o seguinte trecho:

Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerado não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. Cumpre frisar ainda que, na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente. A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade (MS 24.584, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-8-07, Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJE de 20-6-08).

Conforme o próprio Ministro Marco Aurélio lembra no início de seu voto, anteriormente se posicionou pela impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista, nos autos do MS-24.073-3, somando seu voto ao do relator da ocasião, o Ministro Carlos Velloso. O Ministro Marco Aurélio justificou a diferença do seu posicionamento nos dois acórdãos em virtude de que, na nova ocasião do MS 24.584, a assessoria jurídica teria aprovado a minuta de convênio, nos moldes previstos no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, o que daria contorno diverso ao pronunciamento, pela natureza de aprovação pelo setor técnico, conforme o preceito legal mencionado, e não de simples parecer como na questão anterior.

Argumentou ainda o relator, que o artigo 11 da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União, noticiara a competência das consultorias jurídicas para examinar prévia e conclusivamente os textos de editais, contratos

ou instrumentos congêneres de maneira consentânea ao art. 38 da Lei de Licitações e Contratos. Acrescentando sobre a necessidade de fortalecimento do Tribunal de Contas da União, por ser o momento de mudança cultural e de cobrança, o que implicaria, por via de consequência, alerta para aqueles que lidam com a coisa pública.

O Ministro Carlos Veloso, que acompanhou o relator denegando a segurança, destacou o disposto no artigo 42 da Lei 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dando conta da existência de pareceres obrigatórios e vinculantes no direito brasileiro, ou seja, opinando no sentido de ser obrigatório e vinculante o parecer constante no parágrafo único do artigo 38 da Lei, o que traria caráter decisório a tal manifestação.

Pela leitura das duas manifestações, pode-se concluir que a maioria dos Ministros do Supremo admite a responsabilização do advogado, quando forem suscitadas incorreções na análise jurídica da minuta do edital licitatório, contrato ou convênio, ou seja, quando existir erro na aprovação do instrumento utilizado, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93. E entendendo, por outro lado, não ser possível tal imputação quando houver no bojo do procedimento licitatório, nos termos do inciso VI do mesmo art. 38, parecer jurídico emitido sobre a licitação, sua dispensa ou inexigibilidade.

Isso porque no caso, que originou o MS 24.073/DF, o STF deferiu a segurança considerando o parecer emitido como peça meramente opinativa ao apreciar a inclusão como responsáveis, ao lado dos administradores, de procuradores da PETROBRÁS - Petróleo Brasileiro S/A, que admitiram a contratação direta, ou seja, sem licitação, de consultoria internacional sob o fundamento equivocado de que somente existiria um fornecedor apto a atender o objeto da licitação, ou seja, de singularidade ou notória especialização do fornecedor.

4.2.3 - O Mandado de Segurança 24.631-6/DF

Na mesma direção do MS 24.073/DF prosseguiu a opinar o Supremo Tribunal Federal, ao conceder a segurança por unanimidade de votos, no Mandado de Segurança 24.631-6, relatado em 09/08/2007, na mesma data e em sessão seguinte àquela que denegou o MS 24.584-1.

No MS 24.631 o impetrante pediu sua exclusão do rol de responsáveis no processo administrativo do TCU, sustentando que o TCU extrapolou os limites de sua competência regulamentada pela Lei 8.443/92, além de violar os dispositivos legais e constitucionais pertinentes ao exercício da advocacia pública (art. 131 da CF e LC 73/93).

Foi proferida a segurança em favor de procurador do DNER - Departamento Nacional de Estradas e Rodagem, que emitiu parecer favorável fundamentado na Lei 9.469/97, sobre a possibilidade de tal autarquia transigir em juízo e que culminou em pagamento extrajudicial, com violação da ordem dos precatórios prevista no artigo 100 da Constituição Federal, que cuida dos pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária. Ou seja, no caso concreto, não houve manifestação do procurador favorável à transação extrajudicial. Ao contrário do que afirmou o TCU, o impetrante não se manifestou pela celebração de acordos na seara administrativa, posto que no parecer restou claro que seu pronunciamento foi no sentido da possibilidade da transação judicial. Assim sendo, o parecer emitido em nada contribuiu para as irregularidades cometidas pelo administrador no pagamento extrajudicial, que feriu a ordem dos precatórios.

Assim, não só o caráter opinativo do parecer foi o fundamento da decisão, mas a própria inexistência de justificativa válida para oitiva do parecerista, no caso concreto, por entenderam os ministros pela

inexistência de nexo de causalidade entre a irregularidade apontada pelo TCU e o parecer proferido pelo procurador. Destaca-se para ilustrar tal afirmação a ementa do acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (STF - MS 24.631-6 - DISTRITO FEDERAL - Relator (a): Min. Joaquim Barbosa - Julgamento: 09/08/2007 -

Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 01-02-2008).

O relator, Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, apresentou o entendimento de que a responsabilização do parecerista jurídico apenas pode ocorrer quando a “lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão...”, assertiva que gerou questionamentos e ponderações por parte de alguns dos Ministros, não obstante todos tenham comungado com o deferimento da segurança, conforme se verá mais adiante.

Para o Ministro Joaquim, no atual momento da jurisprudência do STF, existem duas premissas para o exame da responsabilidade dos advogados pareceristas. Nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica é meramente opinativa e não gera responsabilidade para o advogado.

Por outro lado, para o relator, nos casos de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico-jurídico, a lei estabeleceria efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, hipótese em que é possível que o parecerista responda junto com o administrador. Tal entendimento foi, assim, adotado pelo Ministro Joaquim Barbosa ao relatar o Mandado de Segurança 24.631/DF, em consolidação à teoria usada para fundamentar seu voto no MS-24584/DF.

Em relação a referido entendimento, o Ministro Carlos Britto ressaltou não entender que o fato do advogado atuar na função consultiva no processo administrativo o transforme em administrador, mesmo que a lei exija a presença do parecer jurídico. No mesmo sentido opinou o Ministro Marco Aurélio, observando que não é dado se chegar ao ponto de transformar o autor do parecer em administrador, obrigando-o a prestar contas ao Tribunal respectivo.

Esclareceu o Ministro Marco Aurélio que não se compromete

com a tese da responsabilidade abrangente do autor do parecer, por considerar que tal manifestação tem caráter opinativo, enquanto parecer, excepcionando tão somente a hipótese do parágrafo único do artigo 38, em virtude do caráter singular de aprovação dado pela lei.

A manifestação proferida de forma quase que simultânea ao entendimento apresentado pelo excelso Tribunal no MS-24584/DF demonstra que ainda há uma zona cinzenta em relação ao tema responsabilidade do advogado que exerce a função consultiva, a merecer nova análise pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, se para tanto for demandado.

Não obstante, resta claro que o entendimento da maioria dos Ministros do STF é hoje no sentido da existência de caráter de aprovação e, portanto, de responsabilidade do advogado na hipótese do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, e da inexistência de tal responsabilidade nas hipóteses de pareceres facultativos apresentados para posterior análise do administrador, nos termos do inciso VI do art. 38.

Em outras palavras, no procedimento licitatório, para o STF, o advogado não pode ser responsabilizado ao emitir parecer facultativo sobre a necessidade ou desnecessidade do certame e do respectivo edital, mas pode ser responsabilizado quando, nos termos do parágrafo único do artigo 38, se pronunciar aprovando edital de licitação ou minuta contratual em procedimento tido posteriormente como irregular.

Por outro lado, resta claro o entendimento no sentido de que os advogados devem prestar esclarecimentos ao Tribunal de Contas sobre os seus respectivos pareceres emitidos nos procedimentos licitatórios e contratações diretas, que tenham nexo de causalidade com o dano ao Erário por eles fiscalizado.

Assim sendo, os ministros do STF não comungam com a tese do TCU no sentido da responsabilidade plena do autor do parecer jurídico, mesmo que esse seja facultativo.

Existe, contudo, dúvida sobre a possibilidade de equiparar o advogado que emite parecer com o administrador, na hipótese do parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos, e por consequência sobre a possibilidade de sua punição pelo TCU, posto que tal possibilidade ainda não foi enfrentada pelo STF.

Assim sendo, resta claro que não existe pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade do TCU punir o advogado em tal hipótese. Vale ressaltar, em virtude do caráter obrigatório do ato de aprovação, contudo, que os dois pronunciamentos do STF são unâimes sobre a incompetência do TCU para punir os advogados que emitem pareceres típicos, a exemplo do parecer facultativo, referido no inciso VI do referido artigo 38 da Lei 8.666/93.

5 - CONCLUSÃO

O parecer jurídico não tem natureza de ato decisório da Administração Pública ou de sua manifestação, mas de uma opinião interna de um técnico do Estado, não se confundindo com uma decisão administrativa, mesmo que tenha servido de base para ela. Assim sendo, a despeito da referência a parecer vinculante, na legislação pátria (art. 42 da Lei nº 9.784/99), não existem exemplos típicos do mesmo no direito positivo brasileiro.

A atuação do profissional do direito é invocada em duas situações diversas pelo artigo 38 da Lei 8.666/93, que trata da chamada fase interna da licitação. Na primeira hipótese, a lei trata dos pareceres jurídicos facultativos emitidos sobre a licitação, sua dispensa ou inexigibilidade,

conforme se extrai da leitura do seu *caput* e do seu inciso VI. Em um segundo momento, o parágrafo único do artigo 38 obriga que o administrador submeta ao exame e aprovação da assessoria jurídica as minutas dos editais de licitação, dos contratos e demais instrumentos similares.

A verificação das minutas pela assessoria jurídica é medida salutar de controle interno da legalidade, e a sua falta não implica necessariamente contrato nulo, como ocorre no caso do parecer vinculante; implica, entretanto, em responsabilidade para aquele que deu causa à ausência do pré-requisito legal do parecer, nos exatos termos da classificação do parecer obrigatório pelo artigo 42 da Lei nº 9.784/99 sendo, assim, possível a validação ou invalidação posterior do ato pela assessoria jurídica, conforme essa entenda pela regularidade ou pela existência de erro que não possa ser suprido na minuta que não foi submetida oportunamente ao seu crivo.

No caso dos pareceres facultativos, que examinam hipóteses de contratação direta pela administração, a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados- como a urgência, a notória especialização ou a inviabilidade de competição- cabe ao administrador em virtude de seu poder discricionário. Respeitado o limite da razoabilidade, o controle sobre o ato aplicador de conceito jurídico indeterminado se limita à verificação da presença dos elementos desse ato, não podendo a autoridade controladora, seja ela o TCU ou a assessoria jurídica, substituir o juízo de valor do administrador, revendo o mérito do ato administrativo, sob pena de subverter o sistema de separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal.

A prerrogativa profissional de imunidade do Advogado prevista pelo artigo 133 da Constituição da República e pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) é essencial para o desempenho da sua missão constitucional

de atuar na garantia dos direitos dos cidadãos, mas não é absoluta. Resultado disso é que o advogado pode ser punido, mas quando tiver incorrido em erro inescusável, negligência grave ou dolo, sob pena de que seja tolhida sua liberdade intelectual e sua autonomia na busca dos direitos e garantias.

Ainda com relação aos limites da responsabilidade do advogado, deve ser observado o princípio da segregação de funções, posto que não se pode conferir culpa ao advogado em situações que exijam conhecimento técnico em área diversa da área jurídica. Cabe assim ao advogado, tão somente, verificar se constam nos processos de licitação e contrato os estudos ou informações técnicas que justificam as especificações do objeto do contrato e as exigências de qualificação técnica e econômico-financeira.

Todos os advogados estão sujeitos ao regime imposto pelo Estatuto da Advocacia e, portanto, à Ordem dos Advogados do Brasil, com fundamento no disposto no artigo 133 da Constituição Federal da República e no artigo 2º do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), sendo passíveis de punição disciplinar por tal órgão nos casos previstos em seu estatuto. Os Advogados Púlicos, por sua vez, além de submetidos à OAB, também estão sujeitos ao regime disciplinar da procuradoria ou consultoria a que estão vinculados.

O fato dos membros da categoria profissional dos advogados estarem sujeitos à fiscalização disciplinar do seu órgão de classe não os isenta de responder, também, perante a jurisdição comum, podendo responder perante o judiciário no âmbito civil e disciplinar se extrapolarem os limites de sua imunidade profissional.

Por outro lado, os advogados que atuam na função consultiva, na condição de agentes públicos e no âmbito das licitações e contratos da Administração, devem prestar informações perante os tribunais de

contas, toda vez que houver nexo de causalidade entre sua atuação e a irregularidade fiscalizada pelas cortes de contas.

A despeito de ser indubitável a competência do Tribunal de Contas para fiscalizar e apreciar os procedimentos licitatórios quanto à legalidade e regularidade da despesa e da sua execução, tal Corte deve remeter as irregularidades cometidas por advogados aos órgãos competentes para puni-los, não podendo os equiparar ao responsável pelas contas para lhes aplicar as multas previstas em sua lei orgânica.

Da leitura dos julgados selecionados pelo próprio TCU como representativos de seu entendimento quanto à responsabilidade do advogado, pode-se chegar a algumas conclusões sobre o seu entendimento:

I- a Corte de Contas da União acredita que o parecer jurídico integra o ato administrativo, na medida em que lhe serve de fundamentação, motivo pelo qual seu emissor seria alcançado pela jurisdição do TCU;

II- para configuração da responsabilidade do advogado em um caso concreto, basta constatar a existência de nexo de causalidade entre o dano e o parecer jurídico tido como equivocado ou tendencioso;

III- o TCU não tem como parâmetro a obrigatoriedade ou o caráter vinculante do parecer jurídico para responsabilização do advogado.

Em relação à caracterização da culpa do advogado, não se vislumbra uma posição firme do TCU sobre esta ocorrer tão somente nos casos de erro inescusável, dolo ou culpa grave. O posicionamento desse Tribunal parece oscilar entre a culpa grave e a culpa simples, posto que em alguns julgados verifica-se a exigência de que o parecer esteja devidamente fundamentado para exclusão da responsabilidade do advogado.

Assim sendo, o Tribunal de Contas da União sustenta a

responsabilidade plena do advogado pelas consequências dos atos administrativos fundamentados em seu parecer, se equivocado, mesmo que o administrador não seja obrigado a observar ou solicitar tal opinião técnica; entenda-se, na prática, o TCU equipara o advogado ao responsável ou ordenador de despesas, na medida em que lhe impõe a responsabilidade solidária pelos atos do administrador que acolhe seu parecer como fundamentação do ato administrativo.

O entendimento predominante no pleno do STF é hoje no sentido da existência de caráter de aprovação e, portanto, de responsabilidade do advogado na hipótese do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, apesar da divergência entre os ministros sobre o caráter vinculante de tal parecer. É clara, ainda, a inexistência de tal responsabilidade nas hipóteses de pareceres facultativos apresentados para posterior análise do administrador, nos termos do inciso VI do art. 38.

Assim sendo, no âmbito das licitações e contratos, para o STF, o advogado não tem responsabilidade pessoal ao emitir o parecer facultativo do inciso VI sobre adequação da via eleita, ou seja, pela necessidade ou desnecessidade do certame e do respectivo edital. Por outro lado, o advogado pode ser responsabilizado quando, nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, se pronunciar aprovando edital de licitação ou minuta contratual em procedimento tido posteriormente como irregular.

Os ministros do STF não comungam, portanto, da tese do TCU no sentido da responsabilidade plena do autor do parecer jurídico.

Resta claro, ainda, o entendimento do STF no sentido de que os advogados devem prestar esclarecimentos ao Tribunal de Contas sobre os pareceres emitidos por si no âmbito das licitações e contratos e que tenham nexo de causalidade com o dano ao Erário fiscalizado.

Existe, contudo, dúvida sobre a posição do Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade de classificar o advogado que emite parecer como administrador, na hipótese do parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos e, por consequência, sobre a possibilidade de sua punição pelo TCU, vez que tal possibilidade ainda não foi enfrentada pelo STF. Isso porque os dois pronunciamentos do STF sobre a incompetência do TCU para punir os advogados se referem a pareceres emitidos, nos termos do inciso VI do art. 38 da Lei 8.666/93.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. O Advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (Org.). *Leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 239-268.

BLIACHERIS, Marcos Weiss. Questões práticas atinentes ao parecer jurídico em licitações e contratos administrativos. *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*, n. 37, fevereiro de 2.005. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=90852&ordenacao=56&id_site=1115>. Acesso em: 24 set. 2009.

CASTRO, Aldemário Araujo. *A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública*. Jusnavigandi. Brasília, dezembro de 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10772>>. Acesso em: 25 set. 2009.

CITANDINI, Antônio Roque. O controle do tribunal de contas. In: MEDAUR, Odete (org.). *Licitações e contratos: coletânea de estudos*. São Paulo: Editora NDJ, 1998, p. 209-223.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 7.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Competência do Órgão Jurídico-Responsabilidade Solidária em Caso de Superfaturamento- Quando Ocorre. In: DI PIETRO, Sylvia Maria Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; D'ÁVILA, Vera Lúcia Machado (org.). *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 149-150.

_____. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, p.1-7, jan. 2008.

_____. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitação e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Cautelas para formalização de parecer jurídico*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 53, 31/05/2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2636>. Acesso em: 13 mar. 2010.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos: comentários à lei n. 8.666/93 com as alterações da lei n. 9.648/98*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a administração pública. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina* (ESMEC), v. 12, n. 18, p. 369-390, 2005.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. A nova principiologia do direito administrativo e o projeto da nova lei de licitações. In: FORTINI, Crisitiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa (org.). *Licitações e contratos: aspectos relevantes*. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 161-170.

RODRIGUES, Edgard Camargo. Tribunal de contas: abrangência de atuação e direitos de terceiros. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antônio (org.). *Licitações e contratos administrativos: uma visão à luz do Tribunal de Contas*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40-46.

SANTANA, Jair Eduardo. Responsabilidade do parecerista na aprovação do instrumento convocatório. Disponível em: <http://www.jairsantana.com.br/portal/media/download_gallery/Responsabilidade_parecerista_paper.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2009

SOUTO, Marcos Juruena Vilela Souto. *Licitações e contratos administrativos: lei 8.666/93 comentada*. Rio de Janeiro: Esplanada/ ADCOAS, 1993.

_____. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta da empresa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado/ Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 30, n 64, p. 21-32, jul-dez, 2006. Companhia Rio Grandense de Artes Gráficas: Porto Alegre, 2006.

SOUZA, Omar Bradley Oliveira de. A responsabilidade do advogado Público por Atos e Manifestações Praticados no Exercício de Suas Atribuições. *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*, n. 75, abril de 2.008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2636>. Acesso em: 24 set. 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes. A Responsabilidade do Parecerista na Análise das Minutas de Editais e Contratos. *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*, n. 79, agosto de 2.008. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79752&ordenacao=14&id_site=1115>. Acesso em: 24 set. 2009.

JURISPRUDÊNCIA

**REVISTA
JURÍDICA**
DO BANCO DO NORDESTE

ACÓRDÃO 744/2010

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - PRIMEIRA
CÂMARA

MINISTRO RELATOR: VALMIR CAMPELO

JULGADO EM 23 DE FEVEREIRO DE 2010

SUMÁRIO: Representação. Possíveis irregularidades em procedimento licitatório na modalidade pregão. Adoção de medida cautelar. Agravo recebido com efeito suspensivo. Oitiva dos responsáveis. Acolhimento das justificativas. Conhecimento. Improcedência. Revogação da medida cautelar. Perda de objeto do agravo. Ciência. Arquivamento.

GRUPO II - CLASSE VI - 1ª CÂMARA

TC-010.109/2009-9

Natureza:

Representação

Interessado:

João Lopes dos Santos

Entidade:

Banco do Nordeste do Brasil S.A

Advogados constituídos nos autos:

Maricema Santos de Oliveira Ramos (OAB/PB 12279-B), Camila Vasconcelos Brito de Urquiza (OAB/CE 16821), Carlos Geovanni Gonçalves Soares (OAB/CE 17594), Francisco Roberto Brasil de Souza (OAB/CE 6097), Germana Becco da Silva (OAB/CE 13692), Daniel Souza Volpe (OAB/SP 214490), Henrique Silveira Araújo (OAB/CE 14747), Igor Rego Colares de Paula (OAB/CE 16043), Israel Bernardo de Oliveira (OAB/CE 6814), Jean Marcell de Miranda Vieira (OAB/PI 3490), Karine Rodrigues Mattos (OAB/CE 18.120), Rômulo Gonçalves Bittencourt (OAB/BA 22.347).

RELATÓRIO

Cuida-se de representação apresentada pelo Sr. João Lopes dos Santos, com supedâneo no artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, acerca de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 7/2009, do Banco do Nordeste do Brasil - BNB, que teve por objeto a contratação de serviços de manutenção predial em unidades do banco.

2. As possíveis irregularidades relatadas pelo representante dizem respeito ao seguinte, em resumo:

- a) das 16 empresas que participaram do certame, foram desclassificadas as 10 primeiras colocadas por motivos sem previsão editalícia;
- b) foi classificada a 11^a empresa colocada, ao valor mensal de R\$ 367.348,20, preço mensal superior em R\$ 82.348,21 em relação à melhor oferta;
- c) por causa da diferença acima apontada, a contratação da empresa considerada vencedora poderá representar um prejuízo ao BNB da ordem de quase cinco milhões de reais ao longo de todo o contrato, estimado em 60 meses;
- d) a desclassificação das 10 empresas que fizeram as melhores ofertas afastou-se do julgamento objetivo das propostas.

3. Em 12/05/2009, em sede de cognição sumária, proferi despacho (fls. 118/120), determinando cautelarmente ao BNB a suspensão do certame.
4. Contra a decisão cautelar foi interposto recurso de agravo (Anexo 1) por parte do BNB, do qual conheci mediante despacho de fl. 171 do Anexo 1, conferindo-lhe efeito suspensivo, com base no art. 289, § 4º, do Regimento Interno. Uma das razões para essa decisão singular foi o fato de que o contrato com a empresa declarada vencedora do pregão já tinha sido firmado. Além disso, o cumprimento imediato da decisão agravada representaria perigo de dano reverso à entidade, representado pela suspensão da execução contratual - o que comprometeria o normal funcionamento de diversas atividades sensíveis das unidades bancárias do BNB - consoante plausível argumentação constante da peça recursal.
5. Considerando que as justificativas solicitadas aos responsáveis já estavam em vias de serem apresentadas e analisadas pela unidade técnica, determinei à Secex-CE que prosseguisse na instrução de mérito

da representação, submetendo as propostas que entendesse pertinentes ao relator, oportunidade em que seriam apreciadas em conjunto com o recurso de agravo.

6. As respostas às oitivas prestadas pelos responsáveis foram examinadas em instrução de fls. 274/286, consoante trechos a seguir reproduzidos:

"III) Análise das Razões de Justificativa

III.1 - PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO PONTOS DA AUDIÊNCIA (a serem examinados em conjunto, por serem interdependentes)

MOTIVO DA AUDIÊNCIA: a) desclassificação de 10 (dez) empresas, ofertantes dos menores preços, por motivos meramente formais, em desacordo com o princípio do julgamento objetivo das propostas, ao arrepio do art. 3º da Lei nº 8.666/93; b) desclassificação da 1ª e 2ª colocadas, sob o argumento de que o licitante não cotou a quantidade de uniformes a ser fornecida a cada profissional durante a vigência do contrato, exigência essa não prevista no edital, o que contraria o art. 3º da Lei nº 8.666/93, mormente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e c) adjudicação de proposta com preços menos vantajosos para a administração pública ao arrepio do caput do edital do certame licitatório e do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

ARGUMENTOS DA DEFESA

6. Iniciam os justificantes comentando sobre a tempestividade do atendimento à oitiva do TCU.

7. Em seguida, informam sobre o andamento do Pregão Eletrônico nº 007/2009 (Doc. 02). Providência que se faz importante, para se atestar a lisura do ato administrativo que declarou vencedora a licitante NORMATEL ENGENHARIA LTDA, sendo todo o procedimento normalmente realizado,

em respeito os princípios constitucionais relativos à licitação.

8. Informam que os motivos da recusa das propostas, segundo a Área Técnica do BNB foram os seguintes (Docs. 07.1/07.10):

TERA LTDA.

Proposta desclassificada com base no subitem 7.7.3 do Edital. O licitante não cotou a quantidade total de uniformes a ser fornecida a cada profissional durante a vigência do Contrato.

2MM ELETRO TELECOMUNICAÇÕES COMERCIO REPRESENTAÇÃO LTDA.

Proposta desclassificada com base no subitem 7.7.3 do Edital. O licitante não cotou a quantidade total de uniformes a ser fornecida a cada profissional durante a vigência do Contrato, bem como cotou a quantidade de profissionais em desacordo com o Anexo XI do Edital.

PODIUM COMERCIO SERVIÇOS E CONSTRUÇÕES LTDA.

Desclassificada c/base nos subitens 7.7.2 e 7.7.3 - não cotou o valor do adicional noturno dos operadores de subestação; p/ os bombeiros não foi considerado o percentual de insalubridade nem foi identificado o escalonamento de níveis hierárquicos e do nível de qualificação dos profissionais.

MPC CONSTRUÇÕES ESPECIAIS LTDA.

Deixou de constar na proposta: 1) o adicional noturno dos operadores de subestação; 2) percentual de insalubridade p/os bombeiros; escalonamento de níveis hierárquicos e do nível de qualificação dos profissionais.

PLANEA PLANEJAMENTO EMPREENDIMENTOS ASSESSORIA LTDA.

No demonstrativo de custo de mão-de-obra, a verba total prevista para os doze colaboradores de subestação é insuficiente para cobrir o salário proposto pelo licitante, periculosidade e adicional noturno.

RENOVAR ENGENHARIA LTDA.

No demonstrativo do custo de mão-de-obra, a verba total prevista para os operadores de subestação é insuficiente para pagamento do salário proposto, periculosidade e adicional noturno. A verba total prevista para o bombeiros é insuficiente para pagamento dos salários propostos e insalubridade.

SERVIÇOS DE LIMPEZA E REPRESENTAÇÕES LTDA.

Faltou demonstr. itens 3.4 (Ticket-refeição) e 3.5 (vale transporte), desatendendo à obs. 4 do anexo I A. Custo mão-de-obra: a verba total prevista para os operadores de subestação é insuficiente para pago do salário proposto, periculosidade e adicional noturno, bem como a verba p/os bombeiros.

EST - ENGENHARIA E SERVIÇOS TECNICOS LTDA.

Não enviou a proposta, desatendendo o subitem 7.5 do Edital.

CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA JMV LTDA.

Faltou demonstr. itens 3.4 (Ticket-refeição) e 3.5 (vale transporte), desatendendo à obs. 4 do anexo I A. Custo mão-de-obra: a verba total prevista para os operadores de subestação é insuficiente para pago do salário proposto, periculosidade e adicional noturno, bem como a verba p/os bombeiros.

COTTAR MANUTENÇÕES LTDA.

Demonstr. de custo da mão-de-obra - operad. subestação: erro no cálculo do 'Preço Mensal', a partir dos valores dispostos nas colunas 'Qdade. estimada de homem h/mês', 'Adic. Noturno' e 'Preço homem hora/mês'; faltou o escalonamento de níveis hierárq. e do nível de qualificação dos profissionais.

9. Mais adiante, acrescentam que, da análise dos recursos e contra-razões, das quais resultaram, inclusive, em diligências, a área técnica do Banco apontou novas irregularidades nas propostas das correntes, as quais se agregaram aos motivos para desclassificação das mesmas. Conforme Ata

de Julgamento de Recursos (Doc. 03) os novos motivos desclassificatórios passaram a ser os seguintes, grifos do original:

EMPRESAS	MOTIVOS DA DESCLASSIFICAÇÃO
2MM	<i>Uniformes, Escalonamento de Níveis de Qualificação, Adicional de Periculosidade, Adicional Noturno e Adicional de Insalubridade (Subitens 7.7 e ss, Anexo I-A e Anexo XI)</i>
COTTAR	<i>Adicional de Periculosidade, Adicional Noturno e Adicional de Insalubridade (Subitens 7.7 e ss, Anexo I-A e Anexo XI)</i>
PLANEA	<i>Adicional de Periculosidade, Adicional Noturno e Adicional de Insalubridade (Subitens 7.7 e ss, Anexo I-A e Anexo XI)</i>
RENOVAR	<i>Escalonamento de Níveis de Qualificação, Adicional de Periculosidade e Adicional de Insalubridade (Subitens 7.7 e ss, Anexo I-A e Anexo XI)</i>
TERA	<i>Uniformes, Escalonamento de Níveis de Qualificação, Adicional de Periculosidade e Adicional Noturno (Subitens 7.7 e ss, Anexo I-A e Anexo XI)</i>

10. Acrescentam que ‘nenhum dos motivos que levaram à desclassificação das propostas das empresas licitantes no Pregão Eletrônico nº 007/2009 estavam ocultas no Edital. As falhas apontadas nas propostas não foram formais, mas sim faziam parte de um processo licitatório de grande repercussão em que cada insumo, material, ferramenta, direitos trabalhistas etc que se fossem sendo suprimidos da proposta acarretaria o risco da Administração contratar com empresa que teria dificuldades de executar o contrato nos moldes da necessidade do Banco’.

11. Especificamente quanto à desclassificação das propostas das licitantes que ficaram em 1º e 2º lugar na fase de lances, aduzem, verbis:

'Assim sendo, indaga-se onde está a mera formalidade quando da desclassificação das propostas dos licitantes que não cotaram o requisito relativo a 'Uniforme', ou cotaram valor irrisório, quando este era exigência do Edital, o qual dispensou vários anexos para orientar a elaboração da proposta. O Anexo XI, inclusive, foi destinado unicamente para o requisito 'Uniforme', dentre tantos outros que compõe o objeto: 'Contratação dos serviços de manutenção preventiva e corretiva das instalações prediais de eletricidade, hidrossanitária, combate a incêndio, construção civil, cabeamento estruturado e operação 24h de subestações nas agências de Fortaleza, CAPGV e Unidades do Crediamigo, em conformidade com as especificações e condições estabelecidas neste Edital e em seus Anexos'.

Cumpre também explicar que este foi apenas um dos motivos que levaram à desclassificação das propostas das licitantes que ficaram em 1º e 2º lugar na fase de lances. Em verdade, todos os licitantes desclassificados tiveram como principal motivo a não cotação dos adicionais de periculosidade e insalubridade exigidos no instrumento convocatório. Reportemos, então, ao Edital nº 007/2009, nas observações do Anexo I -A, e encontraremos essa previsão ignorada pelo representante:

'2. A empresa deverá quando da elaboração da proposta atentar para o cumprimento das normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho, com atenção especial para:

a) NR 4 - SESMT (o contratante exige, independente do nº de funcionários, no mínimo, a designação de um Técnico de Segurança do Trabalho, que acompanhe os demais trabalhadores da contratada fiscalizando e orientando sobre assuntos relacionados à Saúde e Segurança do Trabalhador, devendo cumprir cronograma de visitas pré-definido);

b) NR 5 - CIPA, formada conforme a exigência da NR, mantendo no mínimo um designado;

- c) NR 6 - EPI, deve ser fornecido e orientado sobre o seu uso adequado;
- d) NR7 - PCMSO (*Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional*) e NR9 - PPRA (*Programa de Prevenção de Riscos Ambientais*);
- e) NR 15 - Atividades e Operações Insalubres e NR16 - Atividades de Operações Perigosas;
- f) Treinamentos legais exigidos com relação às diversas normas, como NR 10, brigada de incêndio, CIPA, Primeiros Socorros, NR18 e uso de EPI's;
- g) Demais dispositivos legais relacionados a atividade específica do objeto do contrato;
- h) Apresentação de relatórios com a respectiva investigação dos acidentes de trabalho, quando da sua ocorrência'. (Grifos inovados)

Sobre a Planilha de Orçamento Básico, do mesmo Anexo I-A, cumpre lembrar que essa planilha é meramente orientativa, nela está inserida, como diz o próprio título, um orçamento básico, o qual serviu de base para a elaboração da proposta do licitante. Continuando ainda no corpo do Edital encontramos o Anexo II, este sim o modelo de proposta, com suas lacunas para que o licitante atribua o Preço de Homem Hora/Mês e Preço Mensal, devendo até incluir todos os custos envolvidos, notadamente aqueles originários de normativos e legislação aplicáveis.

Era incumbência, portanto, de cada licitante calcular os preços em conformidade com as exigências do dissídio coletivo de cada categoria, e da legislação trabalhista geral e específica, como é o caso das normas regulamentares do Ministério do Trabalho e que foram expressamente esmiuçadas no Edital para facilitar a elaboração da proposta. O Edital não define percentuais relativos aos adicionais noturno, de insalubridade e periculosidade, impondo, no entanto, a observância desse ônus ao licitante, consoante enunciados constantes do Anexo I-A, já mencionados.' Grifos do original.

12. Invocam que: ‘duvidoso seria o julgamento que aceitasse proposta de menor preço, mas em desacordo com as especificações do Edital e da legislação afeta ao seu objeto. Assim, a licitante vencedora NORMATEL foi a possuidora da proposta mais vantajosa, pois cumpre as exigências do Edital e da legislação correspondente, e o preço ofertado ainda está abaixo das estimativas de custo do Banco’.

13. Informam ainda que: ‘é mais comum do que se supõe, os casos de pregões em que mais de 10 (dez) empresas são desclassificadas porquanto a competitividade é um princípio norteador das licitações. O próprio Banco processou, inclusive, só este ano, entre os meses de fevereiro e maio, quatro pregões em que foram desclassificadas mais de 10 (dez) empresas, quais sejam os Pregões Eletrônicos nº 020/2009, 021/2009, 026/2009, 028/2009 (todos disponíveis no sítio do Comprasnet)’.

14. Por fim, solicitam que sejam acolhidas as argüições da oitiva e determinado o arquivamento do presente processo.

ANÁLISE E CONCLUSÃO

15. De início, saliente-se que o pregão eletrônico nº 007/2009 decorre do pregão eletrônico nº 197/2008, cancelado na aceitação, quando as 12 (doze) empresas participantes do certame foram desclassificadas pelos motivos constantes na ata disponível no Comprasnet (www.comprasnet.gov.br).

16. Das três empresas que manifestaram intenção de interpor recurso, no pregão eletrônico nº 197/2008(cancelado), efetivamente apenas a empresa 2MM ELETRO TELECOMUNICACOES COMERCIO REPRESENTACAO LTDA, CNPJ: 37.168.960/0001-75, interpôs recurso, pelos motivos alinhados a seguir, extraído do comprasnet:

‘A RECORRENTE foi considerada desclassificada devido ao suposto

descumprimento a exigência editalícia, quanto ao não cumprimento dos itens relacionados em relatório de julgamento datado de 14/11/2008 extraído dos autos, conforme abaixo transcritos:

a. A empresa não apresentou o demonstrativo de preços unitários para item 3.2 (materiais);

b. A empresa não considerou dois uniformes por cada entrega;

c. No cálculo do BDI consta indevidamente administração local;

d. O salário ofertado para os ‘auxiliares’ foi de R\$ 499.63, inferior ao piso definido pela convenção indicada – SINDUSCON’.

17. No que tange ao item ‘Uniforme’, percebe-se, desde o edital do pregão eletrônico 197/2008, dificuldade para as empresas apresentarem cotação. Várias empresas, conforme Ata de fls. 82/93, foram desclassificadas por erro na apresentação desse item.

18. No pregão eletrônico nº 007/2009, o item uniforme levou, inicialmente, a desclassificação das propostas das licitantes que ficaram em 1º e 2º lugar na fase de lances.

[...]

20. O item uniforme, na planilha de orçamento Básico, Anexo I- A, do BNB, no valor de R\$ 4.407,00, representa apenas 1,0% (um por cento) do valor total orçado em R\$ 436.856,61 (fl.38 - Anexo 3). Este item, apesar da baixa materialidade, mereceu um anexo a ser preenchido pelos licitantes (fls. 074/077 do anexo 3), e levou a desclassificação de empresas que não o cotaram de acordo com o entendimento do BNB.

21. O edital foi demasiadamente complexo, como dito no recurso da empresa TERA LTDA, precisou até de reunião com licitantes antes do pregão, quando naquela oportunidade: ‘foram dadas informações

que completaram o edital, sabidamente complexo e com tratamentos que careceram de explicações verbais complementares'. O que foge, completamente, do espírito do pregão eletrônico, que prega a celeridade na contratação e o completo anonimato dos participantes, até a fase de aceitação das propostas.

22. Vale destacar que, em obediência ao princípio do julgamento objetivo, o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas, a fim de afastar a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração.

23. O modelo de proposta de cotação do Anexo II (fls. 40/42), nos itens 2.0 - Encargos Sociais, 4.0 - BDI - custos indiretos sobre custos diretos e 5.0 - percentual de Tributos Sobre o Faturamento é confuso. Ele pede o preenchimento de todos os subitens e não apresenta nenhum subitem a ser preenchido.

24. Sobre a interpretação literal dos termos editalícios, cabe trazer à baila trecho do Relatório condutor ao Acórdão nº 2619/2008-Plenário:

'12. Sobre o último tema ventilado no item anterior (interpretação literal dos termos editalícios), cumpre esclarecer que o julgamento das propostas deve ser pautado em conformidade com o estipulado no instrumento convocatório, com o devido cuidado, é claro, no sentido de entender que a regra não impõe ao condutor do certame encerrar uma interpretação restritiva e desarrazoada do edital, de modo a excluir possíveis licitantes. Nesse sentido, trago à colação o brilhante Voto proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues para o Acórdão nº 1.758/2003 - Plenário:

'Ressalto, preliminarmente, que o edital não constitui um fim em si mesmo.

Trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, que são assegurar a contratação da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993.

Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato.'

25. Adite-se, ainda, sobre o tema trecho do Relatório condutor ao Acórdão nº 2143/2006-Plenário:

'A Responsável invocou, ainda, no TCU, Votos do Ministro Fernando Gonçalves, para quem 'tem sido tendência moderna do Tribunal evitar as preocupações excessivas com formalidades e cuidar mais da correta aplicação dos recursos públicos, combatendo o desperdício e a corrupção'; e do Ministro Marcos Villaça, para quem 'o apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao erário, sob o manto da legalidade estrita, esquecendo o interesse público e passando a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer.'

26. Em verdade, o TCU frequentemente se depara com o confronto entre os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do formalismo moderado, esse último associado aos princípios da eficiência e da vedação à restrição injustificada da competitividade.

27. E não se pode olvidar que, de acordo com o parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 3.555/2000 e §único do art. 5º do Decreto nº 5.450/2005, as normas que disciplinam o pregão serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam

o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

28. Além do mais, o Tribunal vem reiteradamente decidindo que a planilha de formação de preços apresentada pela licitante tem importância relativa, dado o seu caráter subsidiário para fornecer à Administração elementos necessários a avaliar a viabilidade da proposta. Nesse sentido, é vedado o formalismo exagerado quando da apreciação do demonstrativo no processo licitatório, não sendo motivo para a desclassificação de licitantes desconformidades sanáveis em seu conteúdo.

29. Cabe registrar, ainda, os achados da FOC que analisou o tema ‘Serviços de Vigilância e Limpeza e Conservação’ que reforçam o posicionamento de vedar-se o formalismo exagerado quando da apreciação do demonstrativo de formação de preços no procedimento licitatório, não sendo motivo para a desclassificação de licitantes desconformidades sanáveis em seu conteúdo.

30. Entende-se, assim, que a prática adotada pelo BNB, no pregão em análise, não se coaduna com a jurisprudência predominante do TCU, exigindo determinações corretivas àquela instituição financeira.

31. Tal prática vem de encontro os princípios norteadores do pregão eletrônico, como a celeridade e o julgamento pelo menor preço.

32. As amarras inseridas nos editais levam, inexoravelmente, a desclassificação de propostas com menores preços e abrem caminho para o direcionamento do vencedor do certame licitatório, ao arrepio do teor do art. 5º do Decreto nº 5.450/2005 e do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993.

III.2 QUARTO PONTO DA AUDIÊNCIA

MOTIVO DA AUDIÊNCIA: d) falta de isonomia do julgamento do pregão, em face de a empresa NORMATEL ENGENHARIA LTDA. ter refeito toda a planilha 4 dias depois da sua convocação, quando o edital previa e

todos os concorrentes tiveram apenas 2 horas para atender à exigência da Comissão, indo de encontro ao princípio constitucional da isonomia, em desacordo com o art. 3º da Lei nº 8.666/93.

ARGUMENTO DA DEFESA

33. De início, aduzem que falta com a verdade o Representante ao sugerir que NORMATEL ENGENHARIA LTDA dispôs de quatro dias para refazer sua planilha de custos enquanto os outros concorrentes tiveram apenas duas horas.

34. Apresentam trechos da ata disponível no comprasnet, nos quais informam que no intervalo das 11:01:54 às 13:04:29, do dia 26/02/2009, a planilha da Normatel foi enviada ao sistema. E considerando a necessidade de prazo para análise da proposta da empresa NORMATEL, houve necessidade de suspender o certame para retorno dia 02/3/2009, às 10h30min.

35. Complementam que no intervalo do dia 26/02/2009 (quinta-feira) ao dia 02/03/2009 (segunda-feira), a NORMATEL ENGENHARIA LTDA negociou descontos diretamente com a Pregoeira, todavia, mesmo diante dessa negociação, todos os prazos concedidos para envio de planilha foram atendidos, pois as planilhas da NORMATEL foram todas entregues no prazo máximo de 02 (duas) horas.

36. E finalmente, resumem que a NORMATEL não apresentou nova planilha, mas apenas a ajustou ao valor de sua proposta vencedora agora com desconto. Todas as licitantes tiveram a mesma oportunidade quando requisitadas a enviar suas planilhas ajustadas ao último lance. Contudo foram desclassificadas pelos motivos já citados acima.

ANÁLISE E CONCLUSÃO

37. Pelos motivos alinhados nas justificativas apresentadas, não se

vislumbra tratamento diferenciado à empresa NORMATEL ENGENHARIA LTDA, no que tange ao tempo de envio da planilha de formação de preços.

38. Dessa forma, assiste razão aos justificantes, neste tópico. Não se verifica infração ao art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

IV - MANIFESTAÇÃO DA EMPRESA NORMATEL ENGENHARIA LTDA

39. Instada a apresentar os elementos pertinentes sobre a matéria, a empresa Normatel Engenharia Ltda, vencedora do certame em preço, apresentou os esclarecimentos inseridos às fls. 247/265, do Vol 1.

40. Em essência informa que sempre atendeu integralmente ao prazo de 02 (duas) horas para o envio da planilha de formação de preços, razão pela qual não encontra guarida no ordenamento jurídico a alegação de afronta ao princípio da isonomia.

41. Alega ainda que a desclassificação das 10 (dez) empresas ocorreu por descumprimento a normas editalícias e que o julgamento e recebimento das propostas ocorreu em estrita consonância com a legislação pátria e amparada nos dispositivos do edital, em obediência à vinculação ao instrumento convocatório e ao julgamento objetivo.

ANÁLISE E CONCLUSÃO

42. Ante as ponderações já efetuadas, entende-se que a prática adotada pelo BNB, no pregão em análise, não se coaduna com a jurisprudência predominante do TCU, exigindo determinações corretivas àquela instituição financeira.

V - SOLICITAÇÃO DE ATENDIMENTO DA OUVIDORIA DO TCU - MANIFESTAÇÃO Nº 23216

43. Destaque-se, ainda, o teor da manifestação da Ouvidoria do TCU n 23216, de 18/6/2009, vazada nos seguintes termos (fls. 269/269):

'Licitante do Pregão 7/2009 do BNB já fez denúncia na SECEX/CE, antes da homologação do certame. Esclarecendo o caso, afirmou:

- que se trata de licitação para serviço de manutenção predial, com custo mensal da ordem R\$ 400mil;
- que houve falhas inadmissíveis no julgamento das propostas;
- que diversas propostas foram desclassificadas por erros na cotação do item uniforme, que representa muito pouco (~R\$ 100/mês) no total do contrato;
- que diversas propostas foram desclassificadas pela ausência do item periculosidade, que sequer era exigido na planilha do edital;
- que houve falha no julgamento do recurso;
- que, ao julgar o recurso, o pregoeiro considerou procedente o argumento do licitante, mas manteve a desclassificação do licitante por novas razões, das quais o licitante não pôde recorrer;
- que a licitação, após muitas desclassificações injustas, foi vencida por uma empresa muito grande (Normatel), que havia preparado o edital e estava em conluio com o pregoeiro;
- que a lista de vistoria foi distribuída previamente aos licitantes, permitindo a formação de conluios;
- que os licitantes se comunicaram por MSN antes da licitação;
- que o preço da vencedora acarretará um prejuízo de cerca de R\$ 1 milhão (12x R\$ 85mil), considerando-se apenas o primeiro ano de contrato;'.

44. Verifica-se, da análise da manifestação acima, que os motivos que levaram à desclassificação de todas empresas participantes do pregão

eletrônico 2008/197 e de dez empresas do pregão eletrônico 2009/007 são contestados por diversos canais.

45. Não há dúvidas que houve falha no julgamento de citados certames licitatórios. Houve até necessidade de realização de reunião prévia para aparar arestas/dúvidas sobre o pregão em apreço.

46. Por último, a documentação acostada às fls. 270/272 apresenta os motivos da desclassificação das empresas, em gráfico, onde se visualiza que os mesmos muitas vezes são irrelevantes/insignificantes no julgamento das propostas. Muitos desses itens, inclusive, não serão objeto de acompanhamento no contrato assinado com a empresa vencedora da licitação. No caso do pregão eletrônico em comento, o contrato foi assinado em 30/04/2009.

47. Em resumo, a planilha de formação de preços muda a cada lance realizado. E, dessa forma, a nova planilha, exigida no pregão, somente poderá apresentar redução no lucro estimado ou em algum custo administrativo, visto que existem insumos que são intocáveis, como, por exemplo, os tributos incidentes sobre a prestação de serviços, ou seja, para os demais itens é possível correção.”

7. Em conclusão à análise acima transcrita, o auditor-instrutor assinalou que em seu entendimento não haveria má-fé na conduta dos responsáveis e formulou as seguintes propostas de encaminhamento:

“I) com fundamento no § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993, em conhecer da presente representação, para no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

II) acolher parcialmente as razões de justificativas apresentadas por Maria Ivone Torres Portugal Araújo, Pregoeira, Maria Lúcia de Sousa Fauth, equipe de apoio, Leovigildo Carlos da Silva Holanda, Superintendente em

exercício da Área Jurídica, Rejane Nogueira Pamplona Bedê, advogada do BNB e Francisco das Chagas Farias Paiva, autoridade competente, no que concerne aos fatos decorrentes do pregão eletrônico nº 7/2009;

III) determinar ao Banco do Nordeste do Brasil que, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45, caput, da Lei 8.443/92, promova, no prazo de 60 (sessenta) dias, a anulação do pregão eletrônico nº 7/2009, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva das instalações prediais de eletricidade, hidrossanitária, combate a incêndio, construção civil, cabeamento estruturado e operação 24h de subestações, nas agências de Fortaleza, CAPGV e Unidades do Crediamigo, e dos atos dele decorrentes (contrato assinado em 30/04/2009);

IV) Determinar ao Banco do Nordeste do Brasil que observe:

a) com rigor as disposições exaradas na Lei nº 8.666/93, máxime em seu art. 3º; evitando-se o apego a formalismos exagerados, no julgamento das propostas; e

b) atente para o parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 3.555/2000 e parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 5.450/2005, onde as normas que disciplinam o pregão serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação;

V) Determinar à CGU/CE que examine o cumprimento dos itens III e IV, nas próximas contas do Banco do Nordeste do Brasil;

VI) Comunicar ao Representante a decisão que vier a ser adotada nestes autos;

VII) Comunicar à Ouvidoria a decisão que vier a ser adotada nestes autos, em face da Manifestação n 23216, de 18/6/2009, e

VIII) Arquivar os presentes autos."

8. A Secretaria da Secex-CE colocou-se de acordo com as propostas acima transcritas (cf. despacho de fl. 286).

9. Solicitado o pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, oficiou nos autos o Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, lançando a manifestação de fls. 288/294. Reproduz-se na sequência a parte em que Sua Excelência trata do mérito da matéria em apreciação:

"O Ministério Público, com as devidas vênias, dissente da proposta da unidade técnica, pelas razões a seguir expostas.

Conforme salientou a Secex/CE, o Tribunal vem reiteradamente decidindo que a planilha de formação de preços apresentada pela licitante tem importância relativa, dado o seu caráter subsidiário para fornecer à administração elementos necessários a avaliar a viabilidade da proposta, de modo que é vedado o formalismo exagerado quando da apreciação do demonstrativo no processo licitatório, não sendo motivo para a desclassificação de licitantes desconformidades sanáveis em seu conteúdo.

No entanto, a aplicação desse entendimento depende de uma série de especificidades de cada caso concreto. Deve-se atentar para o risco de, a pretexto de evitar o formalismo exagerado na interpretação da planilha de formação de preços, esvaziarmos a importância desse documento, já enfatizada pelo próprio Tribunal que, em decisão anterior, considerou a sua apresentação essencial para a lisura do procedimento licitatório (Acórdão 2377/2006 - Plenário).

Dentre os julgados em que se adotou posicionamento semelhante ao ora defendido pela unidade técnica, destacam-se os Acórdãos 171/2001,

1990/2008, 1791/2006 e 2104/2004, todos do Plenário desta Corte.

No Acórdão 171/2001 - Plenário, determinou-se a anulação do procedimento licitatório por ter havido a desclassificação de licitantes em razão da ausência de cotação do vale-alimentação e do item de insumos denominado ‘equipamentos’. Isso porque o pagamento do primeiro não era obrigatório no caso da categoria em questão, e o segundo admitia a apresentação de preço simbólico ou de valor zero, por se enquadrar na exceção do § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993.

No Acórdão 1791/2006 - Plenário, esta Corte considerou que a desclassificação de licitantes por excesso de rigor na análise das propostas, quando se observa omissões no edital, restringe o caráter competitivo do certame. Por essa razão, determinou-se a oitiva dos responsáveis e, cautelarmente, a suspensão do procedimento licitatório. No entanto, os autos foram arquivados por meio do Acórdão 888/2007 - Plenário, em razão da perda do objeto da representação.

A situação dos autos diverge das analisadas em ambos os julgados acima mencionados.

No caso, os motivos da recusa das propostas, segundo a área técnica do BNB, inicialmente, foram os seguintes:

Tera Ltda.

Proposta desclassificada com base no subitem 7.7.3 do Edital. O licitante não cotoou a quantidade total de uniformes a ser fornecida a cada profissional durante a vigência do contrato.

2MM Eletro Telecomunicações Comércio Representação Ltda.

Proposta desclassificada com base no subitem 7.7.3 do Edital. O licitante não cotoou a quantidade total de uniformes a ser fornecida a cada profissional durante a vigência do contrato, bem como cotoou a quantidade de profissionais em desacordo com o Anexo XI do edital.

Podium Comércio Serviços e Construções Ltda.

Desclassificação c/ base nos subitens 7.7.2 e 7.7.3 - não cotou o valor do adicional noturno dos operadores de subestação; para os bombeiros não foi considerado o percentual de insalubridade nem foi identificado o escalonamento de níveis hierárquicos e do nível de qualificação dos profissionais.

MPC Construções Especiais Ltda.

Deixou de constar na proposta: 1) o adicional noturno dos operadores de subestação; 2) percentual de insalubridade para os bombeiros; escalonamento de níveis hierárquicos e do nível de qualificação dos profissionais.

Planea Planejamento Empreendimentos Assessoria Ltda.

No demonstrativo do custo de mão de obra, a verba total prevista para os doze colaboradores de subestação é insuficiente para cobrir o salário proposto pelo licitante, periculosidade e adicional noturno.

Renovar Engenharia Ltda.

No demonstrativo do custo de mão de obra, a verba total prevista para os operadores de subestação é insuficiente para o pagamento do salário proposto, periculosidade e adicional noturno. A verba total prevista para os bombeiros é insuficiente para pagamento dos salários propostos e insalubridade.

Serviços de Limpeza e Representações Ltda.

Faltou demonstr. itens 3.4 (ticket-refeição) e 3.5 (vale transporte), desatendendo à obs. 4 do Anexo I A. Custo de mão de obra: a verba total prevista para os operadores de subestação é insuficiente para o pagamento do salário proposto, periculosidade e adicional noturno, bem como a verba para os bombeiros.

EST - Engenharia e Serviços Técnicos Ltda.

Não enviou a proposta, desatendendo ao subitem 7.5 do edital.

Construtora e Imobiliária JMV Ltda.

Faltou demonstr. itens 3.4 (ticket-refeição) e 3.5 (vale transporte), desatendendo à obs. 4 do Anexo I A. Custo de mão de obra: a verba total prevista para os operadores de subestação é insuficiente para o pagamento do salário proposto, periculosidade e adicional noturno, bem como a verba para os bombeiros.

Cottar Manutenções Ltda.

Demonstrativo de custo de mão de obra - operad. subestação: erro no cálculo do 'Preço Mensal', a partir dos valores dispostos nas colunas 'quantidade estimada de homens h/mês', 'Adic. noturno' e 'Preço homem hora/mês'; faltou o escalonamento de níveis hierárquicos e do nível de qualificação dos profissionais.

Mais adiante, ao analisar os recursos e as contra-razões dos licitantes, a área técnica do banco apontou novas irregularidades nas propostas dos recorrentes, razão pela qual foi aberto novo prazo recursal (fls. 106/19, anexo 7). No entanto, os licitantes não conseguiram afastar as irregularidades adicionais apontadas em suas propostas (fls. 121/9, anexo 1), cuja desclassificação passou a ser com base nos seguintes motivos:

2MM	<i>Uniformes, Escalonamento de Níveis de Qualificação, Adicional de Periculosidade, Adicional Noturno e Adicional de Insalubridade (Subitens 7.7 e ss, Anexo I-A e Anexo XI)</i>
Cottar	<i>Adicional de Periculosidade, Adicional Noturno e Adicional de Insalubridade (Subitens 7.7 e ss, Anexo I-A e Anexo XI)</i>
Planea	<i>Adicional de Periculosidade, Adicional Noturno e Adicional de Insalubridade (Subitens 7.7 e ss, Anexo I-A e Anexo XI)</i>

<i>Renovar</i>	<i>Escalonamento de Níveis de Qualificação, Adicional de Periculosidade e Adicional de Insalubridade (Subitens 7.7 e ss, Anexo I-A e Anexo XI)</i>
<i>Tera</i>	<i>Uniformes, Escalonamento de Níveis de Qualificação, Adicional de Periculosidade e Adicional Noturno (Subitens 7.7 e ss, Anexo I-A e Anexo XI)</i>

Observa-se que, no caso, nenhuma das empresas foi desclassificada apenas com base em irregularidades na cotação do item ‘uniformes’, que, ao ver da unidade técnica, desde o pregão eletrônico 197/2008, caracterizava-se pela dificuldade de as empresas apresentarem cotação, levando a crer que o edital não era claro neste item. Todas as propostas desclassificadas apresentaram alguma inconsistência no custo da mão de obra, como a não cotação dos adicionais noturno, de insalubridade e de periculosidade.

A necessidade de se considerar esses valores na elaboração das propostas estava prevista no edital, mais especificamente nas observações do Anexo I (fls. 28, v.p.), que falava expressamente que as empresas deveriam estar atentas à legislação trabalhista. Isso, por si só, já é suficiente para diferenciar o presente caso daqueles tratados nos mencionados Acórdãos 1791/2006 e 171/2001, visto que, no primeiro, o edital era omisso quanto ao ponto que ensejou a desclassificação e, no segundo, o pagamento dos itens questionados não era obrigatório, e, por conseguinte, eram dispensáveis as respectivas cotações.

Ademais, observa-se que essas irregularidades relativas ao custo de mão de obra são indícios de que as respectivas propostas podem ser inexequíveis, uma vez que os valores apresentados não são suficientes para cobrir as despesas a que se destinam. É verdade que, em princípio, é da empresa contratada o dever de arcar com os eventuais erros existentes na proposta que formulou. No entanto, se isso não ocorrer, esse ônus recai sobre a administração, pois, conforme a Súmula 331, IV, do TST:

'O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).'

Por essa razão, e considerando que a administração tem sido frequentemente demandada na justiça trabalhista com base na referida súmula, é razoável que os gestores, a fim de resguardar o erário, ajam de maneira cautelosa ao contratarem serviços de terceirização de mão de obra, especialmente no tocante à viabilidade das propostas.

Isso não contraria o entendimento adotado nos Acórdãos acima mencionados, que são claros ao dizer que a planilha de formação de custos visa fornecer elementos para a análise de viabilidade das propostas.

Ademais, não se pode esquecer que a proposta mais vantajosa não é a de menor valor, mas a que melhor atende ao interesse da administração que, no caso, está diretamente ligado à segurança de que a empresa contratada terá condição de executar o contrato e de arcar com todos os encargos trabalhistas e sociais dele decorrentes.

Desse modo, com base nas circunstâncias específicas da situação em exame, entende-se que, no caso, a desclassificação das propostas por falhas nas planilhas de formação de custos não pode ser considerada irregular.

Quanto aos Acórdãos 1990/2008 e 2104/2004, ambos do plenário, observase que tratam de situações nas quais as falhas apontadas na planilha de formação de custos não colocam em dúvida a exequibilidade das propostas, o que não ocorre no caso em exame, conforme já mencionado anteriormente.

Além disso, naqueles julgados o foco era o oposto do dos autos, pois tratava-se de representações em que os autores pleiteavam a anulação do procedimento licitatório, sob o argumento de que a planilha de preços da proposta da empresa contratada estava em desacordo com o edital. Ou seja, questionava-se a decisão da autoridade competente no sentido de classificar determinada proposta cuja planilha de formação de preços apresentava falhas. Já no caso em exame, a situação é diferente, o que se questiona é a decisão de desclassificar determinadas propostas por apresentarem falhas na planilha de formação de preços.

No caso daqueles acórdãos, o entendimento de que a planilha de formação de preços tem importância relativa foi aplicado para julgar improcedente a representação e não anular o procedimento licitatório. Já no caso dos autos, a aplicação desse entendimento, na forma proposta pela unidade técnica, seria para julgar procedente a representação e determinar a anulação do certame, cujo contrato já foi assinado.

Ora, uma coisa é o Tribunal dizer que, embora a empresa contratada não tenha cotado corretamente todos os itens em sua proposta, a planilha de custos tem importância relativa, de modo que isso não invalida o procedimento licitatório. Outra, muito diferente, é o Tribunal impor a relativização da planilha de custos e anular o certame, sob o fundamento de que a interpretação do edital foi muito rigorosa.

Nesse caso, seria necessário que esse ‘rigor excessivo’ fosse manifestamente desproporcional ou que indicasse que houve direcionamento da licitação, pois, do contrário, esta Corte estaria correndo o risco de esvaziar a importância da planilha de formação de custos. Além disso, decisões nesse sentido dificultariam muito o trabalho dos gestores que teriam receio de não seguir o edital e, ao mesmo tempo, de interpretá-lo com muito rigor.

Essa diferença de perspectiva também é importante porque, no caso das

mencionadas representações, o fato de que a anulação do certame traria prejuízos para a administração concorreu para a atribuição de importância relativa à planilha de formação de custos, a fim de se preservar o contrato decorrente do certame. Nesse sentido, cabe destacar o seguinte trecho:

'30. Como conclusão, ante aos argumentos apresentados e considerando ainda que o contrato com a empresa Visual já foi celebrado e não restou caracterizada má-fé na conduta do pregoeiro, entende-se suficiente propor determinação à SA/PR para que, em futuros procedimentos licitatórios observe, na fase de julgamento das propostas, a vinculação aos termos do edital, conforme previsto nos arts. 44 e 45 da Lei 8.666/93, abstendo-se de admitir proposta que não atenda às exigências do edital, como observado em relação ao item 5.10.10.1 do edital do Pregão Eletrônico 47/2008.'

(Acórdão 1990/2008 - Plenário, Relatório do Ministro-Relator)

No entanto, no presente caso, tal fato atua em sentido contrário, uma vez que a aplicação do mesmo entendimento adotado nos referidos julgados acarretaria, ao invés da manutenção da licitação, a sua anulação.

Assim, pelas diversas razões acima mencionadas, entende-se que os Acórdãos em que esta Corte adotou o entendimento defendido pela unidade técnica não se amoldam ao caso em exame, no qual não há razão para se anular a licitação, pois os elementos dos autos não demonstram que as propostas foram desclassificadas irregularmente, nem que houve qualquer direcionamento do certame.

III

Por todo o exposto, o Ministério Público, com as devidas vêniás, dissente do encaminhamento proposto pela unidade técnica, opinado no sentido de que Tribunal decida:

a) com fulcro no art. 237, inciso VII, e parágrafo único, do Regimento

Interno, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, conhecer da presente Representação, por preencher os requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie, para, no mérito, considerá-la improcedente;

b) acolher as razões de justificativa apresentadas por Maria Ivone Torres Portugal Araújo, Pregoeira, Maria Lúcia de Sousa Fauth, equipe de apoio, Leovigildo Carlos da Silva Holanda, Superintendente em exercício da área jurídica, Rejane Nogueira Pamplona Bedê, advogada do BNB, e Francisco das Chagas Faria Paiva, autoridade competente, no que concerne aos fatos decorrentes do pregão eletrônico 7/2009;

c) comunicar ao representante a decisão que vier adotada nos presentes autos;

d) comunicar à Ouvidoria a decisão que vier adotada nos presentes autos, em face da manifestação 23216, de 18.6.2009; e

e) arquivar o presente processo."

É o Relatório.

VOTO

Aprecia-se representação formulada pelo Sr. João Lopes dos Santos, com supedâneo no artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, acerca de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 7/2009, do Banco do Nordeste do Brasil - BNB, que teve por objeto a contratação de serviços de manutenção predial em unidades do banco.

2. Conforme visto do relatório precedente, os responsáveis do banco pela condução do certame questionado foram chamados em oitiva para apresentarem justificativas para os seguintes pontos:

a) desclassificação de 10 (dez) empresas, ofertantes dos menores

preços, por motivos meramente formais, em desacordo com o princípio do julgamento objetivo das propostas, ao arrepio do art. 3º da Lei nº. 8.666/93;

b) desclassificação da 1a e 2a colocadas, sob o argumento de que o licitante não c otou a quantidade de uniformes a ser fornecida a cada profissional durante a vigência do contrato, exigência essa não prevista no edital, o que contraria o art. 3º da Lei nº. 8.666/93, mormente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório;

c) adjudicação de proposta com preços menos vantajosos para a administração pública, ao arrepio do caput do edital do certame licitatório e do art. 3º da Lei nº. 8.666/93;

d) falta de isonomia do julgamento do pregão, em face de a empresa NORMATEL ENGENHARIA Ltda. ter refeito toda a planilha 4 dias depois da sua convocação, quando o edital previa e todos os outros concorrentes tiveram apenas 2 horas, para atender à exigência da Comissão, indo de encontro ao princípio constitucional da isonomia, em desacordo com art. 3º da Lei nº. 8.666/93.

3. Ao examinar as respostas às oitivas, a unidade técnica acolheu as justificativas apresentadas para o item “d” acima, afastando a suposta irregularidade nesse ponto, análise com a qual me coloco de acordo.

4. Quanto às três primeiras imputações, o assessor da Secex-CE empreendeu análise conjunta, concluindo que as justificativas não lograram elidir as irregularidades, razão pela qual formulou as propostas de encaminhamento que fiz constar do relatório, entre elas a fixação de prazo para anulação da licitação e, consequentemente, do contrato já celebrado com a licitante vencedora.

5. Em dissonância com a unidade técnica, o Procurador Júlio Marcelo, em

circunstanciado parecer ofertado nos autos às fls. 288/294, manifesta-se no sentido de que não procedem os questionamentos lançados na representação, não havendo mácula a eivar de ilegalidade o procedimento realizado pelo Banco do Nordeste do Brasil. Propõe, em consequência, acolher as justificativas dos responsáveis e considerar improcedente a representação.

6. Verifico, dos elementos informativos lançados no processo, que a controvérsia centra-se em averiguar se os motivos elencados pelo banco para a desclassificação das dez primeiras licitantes afastaram-se dos termos editalícios e se foram baseados em meros aspectos formais, o que estaria a clamor a atuação corretiva da Corte de Contas.

7. Em primeiro lugar, forçoso concordar com a unidade técnica quando aduz que o Tribunal combate o formalismo exagerado do administrador quando aplica restritivamente as cláusulas do edital, de modo a excluir indevidamente possíveis licitantes.

8. Vou mais além. Entendo como salutar a atuação do controle externo até no sentido de, ao apreciar casos concretos submetidos a seu crivo, afastar as próprias cláusulas do edital que se mostram desarrazoadas e prejudiquem a competitividade da licitação. Nessa linha o voto condutor do Acórdão nº 3.046/2008-Plenário, da lavra do Ministro Ubiratan Aguiar, consoante se depreende do seguinte trecho:

"2. A primeira delas, que motivou a desclassificação de diversas empresas, decorreu da apresentação das propostas em formato ".xls" e não em formato ".doc". Antes mesmo de qualquer avaliação acerca dos dispositivos estabelecidos no edital, de plano já soa estranho que uma empresa seja desclassificada em uma licitação em função de aspecto tão insignificante. [...]

4. Discordo da unidade técnica que o edital fosse obscuro ou dúvida, que

comportasse mais de uma interpretação acerca da apresentação das propostas em formato '.doc'. Conforme apontado acima, fica claro que isso só poderia ser exigido da empresa declarada vencedora. E aliás, como mencionei no item 2 deste voto, esse é um aspecto tão irrelevante que seria inadmissível, ainda que previsto no edital, prejudicar a competitividade da licitação em função de questão absolutamente formal." (Grifei e sublinhei).

9. No caso concreto ora sob exame, contudo, entendo, em linha de concordância com o Ministério Público, e pedindo vênias à unidade técnica, que o BNB não procedeu ao arrepio do edital, nem se mostraram desarrazoados os critérios de julgamento observados pelo banco para a desclassificação das licitantes.

10. O Procurador Júlio Marcelo de Oliveira demonstrou com precisão que todas as propostas desclassificadas apresentaram alguma inconsistência no custo da mão de obra, notadamente pela falta de cotação dos adicionais noturno, de insalubridade e de periculosidade. Ora, a falta de segurança por parte da administração em conhecer especificamente como se compõem os itens de custo, tais como os mencionados, compromete o julgamento objetivo para a natureza do objeto pretendido, que cuida essencialmente de prestação de serviços terceirizados.

11. Ademais, logrou o duto Procurador esclarecer que os julgados citados como precedentes para apoiar a proposta da unidade técnica não se aplicariam ao caso específico da licitação em preço.

12. Para a melhor compreensão dos fundamentos apresentados pelo representante do Parquet especializado, os quais adoto como parte das minhas razões de decidir, permito-me transcrever mais uma vez os seguintes trechos do parecer de fls. 288/294:

"Observa-se que, no caso, nenhuma das empresas foi desclassificada apenas com base em irregularidades na cotação do item 'uniformes',

que, ao ver da unidade técnica, desde o pregão eletrônico 197/2008, caracterizava-se pela dificuldade de as empresas apresentarem cotação, levando a crer que o edital não era claro neste item. Todas as propostas desclassificadas apresentaram alguma inconsistência no custo da mão de obra, como a não cotação dos adicionais noturno, de insalubridade e de periculosidade.

A necessidade de se considerar esses valores na elaboração das propostas estava prevista no edital, mais especificamente nas observações do Anexo I (fls. 28, v.p.), que falava expressamente que as empresas deveriam estar atentas à legislação trabalhista. Isso, por si só, já é suficiente para diferenciar o presente caso daqueles tratados nos mencionados Acórdãos 1791/2006 e 171/2001, visto que, no primeiro, o edital era omisso quanto ao ponto que ensejou a desclassificação e, no segundo, o pagamento dos itens questionados não era obrigatório, e, por conseguinte, eram dispensáveis as respectivas cotações.

Ademais, observa-se que essas irregularidades relativas ao custo de mão de obra são indícios de que as respectivas propostas podem ser inexequíveis, uma vez que os valores apresentados não são suficientes para cobrir as despesas a que se destinam. É verdade que, em princípio, é da empresa contratada o dever de arcar com os eventuais erros existentes na proposta que formulou. No entanto, se isso não ocorrer, esse ônus recai sobre a administração, pois, conforme a Súmula 331, IV, do TST:

'O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).'

[...]

Desse modo, com base nas circunstâncias específicas da situação em exame, entende-se que, no caso, a desclassificação das propostas por falhas nas planilhas de formação de custos não pode ser considerada irregular.

Quanto aos Acórdãos 1990/2008 e 2104/2004, ambos do plenário, observa-se que tratam de situações nas quais as falhas apontadas na planilha de formação de custos não colocam em dúvida a exequibilidade das propostas, o que não ocorre no caso em exame, conforme já mencionado anteriormente.

Além disso, naqueles julgados o foco era o oposto do dos autos, pois tratava-se de representações em que os autores pleiteavam a anulação do procedimento licitatório, sob o argumento de que a planilha de preços da proposta da empresa contratada estava em desacordo com o edital. Ou seja, questionava-se a decisão da autoridade competente no sentido de classificar determinada proposta, cuja planilha de formação de preços apresentava falhas. Já no caso em exame, a situação é diferente, o que se questiona é a decisão de desclassificar determinadas propostas por apresentarem falhas na planilha de formação de preços.” (Grifos no original).

13. Acrescento, ainda, não obstante a administração ter contratado a 11^a colocada, que o valor da avença resultou em R\$ 364.435,05 mensais, preço bem abaixo do estimado pelo banco, de R\$ 447.133,62. Dessa forma, afasta-se, inclusive, a alegação do representante de que o resultado da licitação resultou em prejuízo ao erário.

14. Assim, merecem acolhidas as justificativas apresentadas pelos responsáveis, devendo a representação ser considerada improcedente.

15. Por conseguinte, deve ser revogada a cautelar vigente, bem como

considerado prejudicado o agravo manejado pelo BNB, vez que a presente decisão esgota o mérito do processo.

Ante o exposto, voto no sentido de que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à consideração da Primeira Câmara.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 23 de fevereiro de 2010.

VALMIR CAMPELO

Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 744/2010 – TCU – 1^a CÂMARA

1. Processo nº TC 010.109/2009-9

2. Grupo II, Classe VI - Representação

3. Interessado/Responsáveis:

3.1. Interessado: João Lopes dos Santos

3.2. Responsáveis: Maria Ivone Torres Portugal Araújo, Maria Lúcia de Sousa Fauth, Leovigildo Carlos da Silva Holanda, Rejane Nogueira Pamplona Bedê, Francisco das Chagas Farias Paiva

4. Entidade: Banco do Nordeste do Brasil S.A

5. Relator: Ministro Valmir Campelo

6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

7. Unidade Técnica: Secex-CE

8. Advogados constituídos nos autos: Maricema Santos de Oliveira Ramos (OAB/PB 12279-B), Camila Vasconcelos Brito de Urquiza (OAB/CE 16821),

Carlos Geovanni Gonçalves Soares (OAB/CE 17594), Francisco Roberto Brasil de Souza (OAB/CE 6097), Germana Becco da Silva (OAB/CE 13692), Daniel Souza Volpe (OAB/SP 214490), Henrique Silveira Araújo (OAB/CE 14747), Igor Rego Colares de Paula (OAB/CE 16043), Israel Bernardo de Oliveira (OAB/CE 6814), Jean Marcell de Miranda Vieira (OAB/PI 3490), Karine Rodrigues Mattos (OAB/CE 18.120), Rômulo Gonçalves Bittencourt (OAB/BA 22.347)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação acerca de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 7/2009, do Banco do Nordeste do Brasil - BNB, que teve por objeto a contratação de serviços de manutenção predial em unidades do banco.

ACORDAM os Ministros do Tribunal da União, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer da representação, por preencher os requisitos de admissibilidade de que trata o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno para, no mérito, considerá-la improcedente;
- 9.2. acolher as justificativas apresentadas pelos responsáveis nominados no item 4.1 deste Acórdão;
- 9.3. revogar a medida cautelar determinada no despacho de fls. 118/120;
- 9.4. considerar prejudicado o agravo interposto pelo BNB (Anexo 1);
- 9.5. dar ciência desta deliberação ao representante, ao BNB e à Ouvidoria do Tribunal;
- 9.6. arquivar os autos.

10. Ata nº 4/2010 - 1^a Câmara.

11. Data da Sessão: 23/2/2010 - Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet:
AC-0744-04/10-1.
13. Especificação do quorum:
- 13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (na Presidência), Valmir Campelo (Relator) e Augusto Nardes.
- 13.2. Auditor convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.
- 13.3. Auditores presentes: Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.
- WALTON ALENCAR RODRIGUES
na Presidência
- VALMIR CAMPELO
Relator
- Fui presente:
PAULO SOARES BUGARIN
Subprocurador-Geral
- DOU nº 38, de 26.02.2010

RECURSO ESPECIAL

Nº 622.898 - SC

(2004/0006471-1)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**MINISTRO RELATOR: ALDIR PASSARINHO
JUNIOR**

JULGADO EM 04 DE MAIO DE 2010

**EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO
ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.
SEQUESTRO. EMBARGOS DE TERCEIRO.
CREDOR FIDUCIÁRIO. POSSIBILIDADE.
PRECEDENTES.**

I. Nos termos da jurisprudência do STJ, é possível ao credor a oposição de embargos de terceiro para resguardar o bem alienado fiduciariamente, que foi objeto de restrição judicial (sequestro). Precedentes.

II. Recurso especial conhecido e provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 622.898 - SC (2004/0006471-1)

RELATOR : MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
RECORRENTE : BANCO DO BRASIL S/A
ADVOGADO : JONAS ELIAS PIZZINATO PICCOLI E OUTRO(S)
RECORRIDO : GERMAQ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADO : LUIZ ANTÔNIO PRETTO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 04 de maio de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 622.898 - SC (2004/0006471-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Cuida-se de recurso especial interposto pela letra “a” do art. 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - TJSC, cuja ementa encontra-se lavrada nos seguintes termos (fl. 119):

“Embargos de terceiro. Cerceamento de defesa. Não-ocorrência. Alienação de bens dados em garantia fiduciária. Via eleita inadequada à pretensão

do embargante. Não há cerceamento de defesa quando a decisão entende que a prova depositada em juízo é suficiente para o deslinde da questão e não se demonstra a imprescindibilidade da pretensão não deferida (STJ, REsp. nº 78.637, Rel. Min. José Delgado, DJU 3.6.96). A lide é restrita nos embargos de terceiro. Versa apenas sobre a inclusão ou exclusão do bem na execução e não direitos que terceiro possa ter sobre a coisa. Assim, o meio processual adequado para obter a anulação de ato jurídico, por fraude a credor, é a ação pauliana e não a resposta a embargos de terceiros. Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores. (Súmula nº 195 do STJ)."

Opostos embargos infringentes, o respectivo acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 134):

"Embargos de declaração. Omissão e contradição não verificadas. Atribuição de efeito infringente. Carência de elementos permissivos. Não é possível ao tribunal, em sede de embargos declaratórios, reabrir unilateralmente a discussão da causa, esclarecendo o que não ficou obscuro ou completando o que está completo. Podem eles ter excepcionalmente caráter infringente, quando utilizados, segundo a doutrina e a jurisprudência, para correção de erro material manifesto, para suprimento de omissão e extirpação de contradição. Situações inocorrentes na espécie. O julgador não se obriga a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. (RJTJESP 115/207)"

Insurge-se o banco recorrente invocando ofensa aos arts. 535 e 1.046 do CPC.

Alega que o tribunal interpretou mal sua pretensão, visto que pretende

proteger sua garantia dos efeitos do seqüestro. Sustenta que a avença havida entre o comprador e vendedor dos bens alienados fiduciariamente ao banco não seria passível de anulação nesta seara como bem afirmou o acórdão, mas o alvo jurídico pretendido pelo banco foi o de proteger sua propriedade resolúvel e sua posse indireta dos efeitos do seqüestro manejado sobre os bens vinculados cedularmente, nos termos dos arts. 57 59 do Decreto-lei 413/69, daí a oposição dos embargos de terceiro, consoante autoriza o art. 1.046 do CPC.

Postula reforma do julgado.

Contra-razões às fls. 154/159.

Houve juízo de admissibilidade negativo (fls. 165/166) tendo o recurso especial ascendido por decisão proferida no agravo de instrumento nº 489.066/SC.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 622.898 - SC (2004/0006471-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): A questão recursal cinge-se à possibilidade de oposição de embargos de terceiro para defender bem alienado fiduciariamente, cujo seqüestro foi determinado em ação judicial. De início, não há que se falar em ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto o arresto não se ressente de quaisquer dos vícios elencados na referida norma, havendo tão-somente decisão fundamentada em sentido contrário ao da pretensão reformatória, devendo-se acrescentar que os embargos declaratórios foram opostos com o exclusivo intuito de rediscussão da lide. De outro lado, melhor sorte encontra a pretensão quanto ao mérito. Com efeito, depreende-se dos autos que o recorrente, Banco do Brasil S/A, apresentou embargos de

terceiro contra o seqüestro dos bens, máquinas industriais, afirmando que os mesmos estão alienados fiduciariamente, de modo que não pertencem à empresa ré na ação principal, que detém apenas a posse direta, enquanto ao banco é dado o domínio resolúvel e a propriedade dos referidos bens. A sentença, mantida pelo acórdão recorrido, registrou ser indiscutível que os bens objeto do seqüestro servem de garantia fiduciária ao banco embargante (fls. 85/86). Ocorre que as instâncias ordinárias apreciaram os embargos de terceiro apenas sob o aspecto de seu cabimento na hipótese, Assim restou consignado na sentença (fls. 86):

"No que diz respeito ao requerimento formulado pelo embargante, para 'obstaculizar os efeitos que vierem da sentença final com relação aos bens alienados fiduciariamente ao Banco do Brasil S. A.', não servem os embargos de terceiro para anular ato já efetuado, vez que há procedimento próprio para tal, além do que, não tem tamanha abrangência o poder do processo judicial, quando não aprecia, através do procedimento próprio, para rever situação futura desconhecida, esta é a previsão legal, em tese, ficando os casos concretos para análise individualizada. Muito embora reconheça no caso sub judice a afirmação do Embargante, referente a transferência de bens alienados fiduciariamente, não servem os embargos para decidir a questão de uma venda já realizada, ou mesmo para dar efeito a situação futura desconhecida, quando presente mais de uma hipótese para o deslinde do feito."

No entanto, esta Corte Superior já firmou seu posicionamento no sentido de que é possível a oposição de embargos de terceiro para a defesa de bens alienados fiduciariamente que sofrem constrições judiciais. Neste sentido:

"EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DE TERCEIRO - BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - EXCLUSÃO DA PENHORA - SUMULA TFR-242 - PRECEDENTES.

1. NÃO SENDO PROPRIEDADE DO DEVEDOR MAS, SIM, DO CREDOR FIDUCIÁRIO, OS BENS A ESTE ALIENADOS NÃO PODEM SER OBJETO DE PENHORA PELO EXEQUENTE DE CRÉDITO FISCAL.

2. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF E STJ.”

(REsp 11.649/SP, Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, DJ 04/10/1993 p. 20537)

“PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO - BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - PENHORA - IMPOSSIBILIDADE - PROPRIEDADE DO CREDOR FIDUCIÁRIO - EMBARGOS DE TERCEIRO - LEGITIMIDADE ATIVA DO DEVEDOR-EXECUTADO - EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

1. “A alienação fiduciária em garantia expressa negócio jurídico em que o adquirente de um bem móvel transfere - sob condição resolutiva - ao credor que financia a dívida, o domínio do bem adquirido. Permanece, apenas, com a posse direta. Em ocorrendo inadimplência do financiado, consolida-se a propriedade resolúvel” (REsp 47.047-1/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

2. O bem objeto de alienação fiduciária, que passa a pertencer à esfera patrimonial do credor fiduciário, não pode ser objeto de penhora no processo de execução, porquanto o domínio da coisa já não pertence ao executado, mas a um terceiro, alheio à relação jurídica.

3. Por força da expressa previsão do art. 1.046, § 2º, do CPC, é possível a equiparação a terceiro, do devedor que figura no pólo passivo da execução, quando este defende bens que pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela penhora, como é o caso daqueles alienados fiduciariamente.

4. Recurso especial não provido."

(REsp 916.782/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 21/10/2008)

"AGRADO REGIMENTAL. DIREITO COMERCIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NÃO-ANOTAÇÃO NO CERTIFICADO DE REGISTRO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. BOA-FÉ. INOPONIBILIDADE. SÚMULA Nº 92/STJ.

1. Recurso especial oposto contra acórdão que, com base na Súmula nº 92/STJ, asseverou que 'o bem alienado fiduciariamente, de propriedade do credor fiduciário, pode por este ser reivindicado em embargos de terceiro, desde que o contrato de alienação fiduciária, no caso de veículo automotor, conste do registro do Departamento Nacional de Trânsito'.

2. Estabelece a Súmula nº 92 desta Corte Superior: 'A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor'.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 642.357/RN, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 11/04/2005 p. 189)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. PROPRIEDADE. CREDOR FIDUCIÁRIO.

Nega-se provimento a agravo regimental, em face das razões que sustentam a decisão agravada, sendo certo que, em face da jurisprudência

desta Corte, é incabível a penhora do bem alienado fiduciariamente, por este ser de propriedade do credor fiduciário.”

(AgRg no Ag 460.285/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 05/05/2003 p. 229)

“PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE TERCEIRO - DOCUMENTO INDISPENSÁVEL AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO - EXEQÜENTE QUE TEM CIÊNCIA PRÉVIA DO GRAVAME SOBRE O BEM.

1. *Penhorado bem com garantia fiduciária, é lícito ao real proprietário embargar a execução como terceiro, para salvar o bem do seu domínio.*
2. *Com a prova do gravame é dispensável a instrução e o saneador.*
3. *Recurso especial improvido.”*

(REsp 382.688/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 19/08/2002 p. 159)

Ora, se é possível ao credor fiduciário defender seus bens de penhora, ato constritivo que visa à alienação do bem, com igual propriedade, ser-lhe-á possível utilizar-se do mesmo instrumento processual para afastar o seqüestro do bem. Ademais, outra não é a interpretação que se retira da letra do art. 1.046 do CPC, que assim dispõe:

“Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

§ 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.

§ 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.”

Da leitura do supratranscrito dispositivo tem-se que é expressamente prevista a utilização do referido instrumento processual nas hipóteses de seqüestro. E independe a natureza da posse, consoante já sedimentado nesta Corte. Confira-se:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. OFENSA À SÚMULA. EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO. POSSE INDIRETA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 84/STJ.

- *Ofensa à Súmula de Tribunal não autoriza interposição de recurso especial arrimado na alínea “a” do permissivo constitucional.*
- *Inúmeros precedentes afirmam ser possível o oferecimento de embargos de terceiro com base em posse indireta. O artigo 1.046 do Código de Processo Civil não exclui a possibilidade do credor de bem dado em garantia, com posse indireta, pela tradição ficta, como convencionado no termo próprio, ajuizar embargos de terceiro.*
- *Nessa linha de precedentes, é admissível, inclusive, a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse indireta advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro. Eventual má-fé, quando constatada, deverá ser adequadamente combatida pelo Poder Judiciário, o que não ocorre na hipótese sob exame.*

Recurso especial provido.”

(REsp 908.137/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/11/2009)

"Embargos de terceiro. Dação em garantia. Prequestionamento.

1. O artigo 1.046 do Código de Processo Civil não exclui a possibilidade do credor de bem dado em garantia, com posse indireta, pela tradição ficta, como convencionado no termo próprio, ajuizar embargos de terceiro.

2. Recurso especial conhecido e provido."

(REsp 421.996/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 24/02/2003 p. 227)

Verifica-se, pois, que assiste razão ao recorrente no que toca à violação do art. 1.046 do CPC, eis que perfeitamente possível ao credor fiduciário a oposição de embargos de terceiro para proteger seus bens de gravames judiciais. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento para julgar procedentes os embargos de terceiro opostos pelo Banco do Brasil S/A e afastar da constrição os bens de sua propriedade. Custas e honorários pela embargada, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUARTA TURMA

Número Registro: 2004/0006471-1

REsp 622898 / SC

Números Origem: 18980018096 19990102092000201 200201537512
577896

PAUTA: 04/05/2010

JULGADO: 04/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES

Secretaria

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BANCO DO BRASIL S/A

ADVOGADO : JONAS ELIAS PIZZINATO PICCOLI E OUTRO(S)

RECORRIDO : GERMAQ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

ADVOGADO : LUIZ ANTÔNIO PRETTO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos -
Alienação Fiduciária

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília, 04 de maio de 2010

DJe: 24/05/2010

RECURSO ESPECIAL

Nº 864.579 - SP

(2006/0144458-6)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA RELATORA: ELIANA CALMON

JULGADO EM 08 DE MAIO DE 2007

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - RECURSO DE APELAÇÃO ADESIVO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 500 DO CPC - CABIMENTO - PERDA DE PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO AUTÔNOMO: IRRELEVÂNCIA.

1. O art. 500 do CPC estabelece os requisitos objetivos que ensejam a interposição de recurso adesivo.
2. Conquanto fique patente a manobra da recorrente para contornar a perda de prazo para interposição de recurso de apelação autônomo, preenchidos os requisitos legais do art. 500 do CPC, não pode o Tribunal deixar de analisar o recurso adesivo.
3. Antigo precedente da Quarta Turma desta Corte que não se coaduna com o dispositivo legal violado (REsp 9.806/SP).
4. Recurso especial provido.

Fonte: www.stj.jus.br

RECURSO ESPECIAL Nº 864.579 - SP (2006/0144458-6)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : DROGARIA VERA LIMITADA
ADVOGADO : ADIRSON DE OLIVEIRA JUNIOR
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : INAIÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTROS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (voto-vista), Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 08 de maio de 2007 (Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 864.579 - SP (2006/0144458-6)

RECORRENTE : DROGARIA VERA LIMITADA
ADVOGADO : ADIRSON DE OLIVEIRA JUNIOR
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : INAIÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTROS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Trata-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 3^a Região assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ADESIVO. PRECLUSÃO DO DIREITO DE APELAR. PIS. DECRETOS-LEI Nº 2.445/88 E 2.449/88. COMPENSAÇÃO. MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA E BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE. EXTINÇÃO DO DIREITO À RESTITUIÇÃO (ARTIGO 168, CTN). EXTINÇÃO DO PROCESSO COM EXAME DO MÉRITO (ARTIGO 269, IV, CPC).

1. Não se conhece do recurso adesivo interposto com nítida feição de contornar a preclusão, verificada pelo decurso de prazo para a interposição de apelação.
2. As preliminares argüidas pela Fazenda Nacional devem ser rejeitadas: a de ausência de liquidez e certeza do crédito porque, tal como restou argüida, confunde-se com o próprio mérito; e a de inadequação da via eleita, pois o pedido de compensação deduzido em mandado de segurança, sujeito a rito sumário de instrução, não encontra impedimento de ordem processual (Súmula 213/STJ).
3. Encontra-se consolidada a jurisprudência da Turma, no sentido de que o prazo, previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional, é contado a partir do recolhimento do tributo, devendo ser a ação proposta antes de decorrido o quinquênio, sob pena de extinção do direito à restituição e extinção do processo, com exame do mérito (artigo 269, IV, CPC).
4. Ainda que sujeito o lançamento à homologação, o prazo respectivo conta em favor exclusivamente do interesse da FAZENDA NACIONAL de apurar, eventualmente, a existência de irregularidade no lançamento, para efeito de revisão e constituição de ofício do crédito tributário. Se decorrer in albis o quinquênio, contado do fato gerador, consuma-se a homologação tácita, com a extinção do crédito tributário.
5. A condição resolutória do pagamento antecipado tem o fim específico

de impedir a definitiva extinção do crédito tributário, na hipótese em que é necessária a revisão do lançamento, para a constituição de ofício pela autoridade fiscal.

6. Todavia, o prazo para homologação não inibe o contribuinte de formular, desde logo, o pedido de restituição, em Juízo ou administrativamente, que exige apenas o fato objetivo do recolhimento, razão pela qual deve ser este o termo inicial do quinquênio, a que alude o artigo 168 do Código Tributário Nacional.

7. Extinção do processo, com exame do mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

(fl. 361)

Opostos embargos de declaração, foram esses rejeitados. Aponta a recorrente violação do art. 500 do CPC, dizendo que o mencionado dispositivo autoriza a parte a “contornar o prazo da apelação”, deixando que esse esteja integralmente exaurido para que só então, no lapso para o oferecimento das contra-razões ao apelo da parte adversa, introduza-se o inconformismo que aderirá ao recurso principal. Em seguida, indica infringência aos arts. 150, § 4º, 156, VII, 165, I, e 168, I, do CTN, afirmando que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, há de prevalecer, no tocante à prescrição, a tese dos “cinco mais cinco”. Com as contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem. É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 864.579 - SP (2006/0144458-6)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON

RECORRENTE : DROGARIA VERA LIMITADA

ADVOGADO : ADIRSON DE OLIVEIRA JUNIOR

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : INAIA BRITTO DE ALMEIDA E OUTROS

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): - Sobre a tese trazida no especial, assim se manifestou o Tribunal de origem:

Incialmente, cumpre observar que, intimado da r. sentença em 02.09.03 (f. 228), o contribuinte requereu a devolução integral do prazo recursal, tendo em vista a “retirada dos autos de cartório durante seu curso”. Tal alegação, porém, restou infirmada pela certidão de f. 240, e o pedido do contribuinte prejudicado com a oposição dos embargos de declaração pela FAZENDA NACIONAL. Intimado da nova decisão em 26.11.03 (f. 243-v), o contribuinte, já no curso do seu prazo recursal, insistiu no pedido de restituição integral do prazo, deixando-o transcorrer in albis, para somente, então, oferecer recurso adesivo de f. 264/293, o qual foi interposto, como se observa, com o nítido propósito de contornar o prazo para apelação, integralmente exaurido, o que não é admissível no sistema processual, pelo que dele não conheço.

(fls. 357)

O art. 500 do CPC, tido por violado, tem a seguinte redação:

Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:

I - será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder;

II - será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial;

III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.

Parágrafo único. Ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior.

Nesta Corte encontro apenas um precedente, no mesmo sentido da decisão recorrida. Vejamos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ADESIVO. APELAÇÃO INTEMPESTIVA. REPRODUÇÃO DA IMPUGNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA TURMA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - Desvirtua a finalidade do recurso adesivo a interposição que visa contornar a perda do prazo no oferecimento do recurso principal.

II - Patente essa intenção, sobretudo quando o recorrente se limita a trocar a nomenclatura do recurso, reproduzindo integralmente os argumentos expendidos na apelação intempestiva. (REsp 9.806/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10.03.1992, DJ 30.03.1992 p. 3992)

Não comungo com esse entendimento. Na minha concepção, o cabimento do recurso adesivo deve-se cingir exclusivamente aos requisitos objetivos constantes do art. 500 do CPC, não havendo espaço para uma interpretação extensiva, ao incluir no comando normativo requisito subjetivo não contemplado pelo legislador. Desta forma, ainda que fique evidente que a interposição do recurso adesivo serviu para contornar o óbice da perda de prazo para apresentar o recurso de apelação autônomo, inexiste qualquer impedimento a que assim proceda a parte. A desvantagem, por assim dizer, na interposição do recurso adesivo reside no fato de ele sujeita-se à sorte da admissibilidade do recurso principal

(inciso III do art. 500). Na hipótese dos autos, a sentença foi publicada em 02/09/2003; em 14/10/2003, a União interpôs embargos de declaração, que foram julgados em 21/11/2003 (publicação ocorrida em 26/11/2003, sobrevindo a apelação da União em 21/05/2004; em 25/05/2004 a magistrada abriu vista para que a apelada apresentasse contra-razões (despacho publicado em 22/06/2004); em 07/07/2004, ou seja, no prazo de 15 (quinze) dias para resposta, foi interposto o recurso adesivo de fls. 269/294. Preenchidos os requisitos objetivos constantes do art. 500 do CPC, considero flagrante sua violação, razão pela qual dou provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de proceder ao julgamento do recurso adesivo.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2006/0144458-6

R^Esp 864579 / SP

Número Origem: 200261210014979

PAUTA: 05/10/2006

JULGADO: 05/10/2006

Relatora

Exma. Sra. Ministra ELIANA CALMON

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretaria

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DROGARIA VERA LIMITADA
ADVOGADO : ADIRSON DE OLIVEIRA JUNIOR
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : INAIÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTROS
ASSUNTO: Tributário - Contribuição - Social - PIS - Compensação
CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto da Sra. Ministra-Relatora, dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro João Otávio de Noronha."

Aguardam os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin.

Brasília, 05 de outubro de 2006

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 864.579 - SP (2006/0144458-6)
RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : DROGARIA VERA LIMITADA
ADVOGADO : ADIRSON DE OLIVEIRA JUNIOR
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : INAIÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTROS

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: O Tribunal Regional Federal da 3^a Região não conheceu do recurso adesivo da Drogaria Vera Limitada, alegando que, tendo deixado transcorrer *in albis* o prazo para apelação, não caberia ingressar com o recurso adesivo,

interposto com o propósito de contornar a perda do prazo. Inconformada, a drogaria aviou recurso especial alegando vulneração do art. 500 do Código de Processo Civil. A Ministra Relatora conheceu do recurso e deu-lhe provimento, determinando a devolução dos autos ao Tribunal *a quo* pra que seja julgado o recurso adesivo. Pedi vista para melhor análise e conlúcio por votar com a Ministra Relatora. De fato, a lei não estabelece que, na hipótese de uma das partes perder ou deixar transcorrer *in albis* o prazo para apelar, fica vedada a interposição de recurso adesivo. Os motivos que levam a parte a optar pelo recurso adesivo não são relevantes para o seu conhecimento. Os requisitos que devem estar presentes para que o recurso adesivo seja conhecido são os seguintes:

- a) que a sucumbência tenha sido recíproca;
- b) que não tenha o recorrente adesivo se valido do recurso principal; e
- c) que a parte adversa tenha interposto o recurso principal.

No presente caso, observo que a recorrente adesiva sucumbiu em menor grau que o Estado (evidenciando a sucumbência recíproca) e que não aviou a apelação por ter perdido o prazo para tanto (o que indica a ausência do recurso principal); por fim, observo que a parte que lhe é adversa interpôs apelação, conforme consta das fls. 253/264. Ante o exposto, somo meu voto ao da Ministra Relatora para dar provimento ao recurso especial a fim de determinar ao Tribunal *a quo* julgue o recurso adesivo. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2006/0144458-6

REsp 864579 / SP

Número Origem: 200261210014979

PAUTA: 08/05/2007

JULGADO: 08/05/2007

Relatora

Exma. Sra. Ministra ELIANA CALMON

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO EDÍLIO MAGALHÃES TEIXEIRA

Secretaria

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DROGARIA VERA LIMITADA

ADVOGADO : ADIRSON DE OLIVEIRA JUNIOR

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : INAIÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - Contribuição - Social - PIS - Compensação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (voto-vista), Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 08 de maio de 2007

DJ: 29/05/2007

RECURSO ESPECIAL

Nº 1.061.530 - RS

(2008/0119992-4)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA RELATORA: NANCY ANDRIGHI

JULGADO EM 22 DE OUTUBRO DE 2008

EMENTA: Direito Processual Civil e Bancário.
Recurso Especial. Ação Revisional de Cláusulas
de Contrato Bancário. Incidente de Processo
Repetitivo. Juros Remuneratórios. Configuração
da Mora. Juros Moratórios. Inscrição/
Manutenção em Cadastro de Inadimplentes.
Disposições de Ofício.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : UNIBANCO UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS
S/A
ADVOGADOS : MARIANE CARDOSO MACAREVICH E OUTRO(S)
LUCIANO CORRÊA GOMES
RECORRIDO : ROSEMARI DOS SANTOS SANCHES
ADVOGADO : MAURO TRÁPAGA TEIXEIRA

DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado. Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

PRELIMINAR

O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo

da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n.º 1.963-17/00, reeditada sob o n.º 2.170-36/01.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA

a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora; b) Não descarateriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.

ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS

Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança

indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.

ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO

É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

II- JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (REsp 1.061.530/RS)

A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido. Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese. Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descharacterizada a mora do devedor. Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida. Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido. Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento

no tocante à alínea “a” do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício. Ônus sucumbenciais redistribuídos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, acompanhada pelos Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior; salvo em relação às disposições de ofício, vencidos a Ministra Relatora e o Ministro Luis Felipe Salomão, e quanto à comissão de permanência, vencidos no conhecimento a Ministra Relatora e o Ministro Carlos Fernando Mathias. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2008. (data do julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

QUESTÃO DE ORDEM

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Entendo que a sustentação oral deve se restringir à dos ilustres advogados das partes.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

QUESTÃO DE ORDEM

VOTO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Sr. Presidente, se há manifestação escrita e por se tratar de um processo em que se vai apenas consolidar teses que já estão, ao longo do tempo, sendo acatadas por todos os Membros da Seção, não vejo razão para que haja sustentação oral, além das duas partes envolvidas. Com a vênia devida da Sra. Ministra Relatora, indefiro, no sentido de admitir somente a sustentação oral das partes.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

RECORRENTE : UNIBANCO UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A

ADVOGADOS : MARIANE CARDOSO MACAREVICH E OUTRO(S)
LUCIANO CORRÊA GOMES

RECORRIDO : ROSEMARI DOS SANTOS SANCHES

ADVOGADO : MAURO TRÁPAGA TEIXEIRA

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por Unibanco – União Brasileira de Bancos S.A., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/RS.

Ação: Rosemari dos Santos Sanches ajuizou ação de revisão contratual em face do Unibanco – União Brasileira de Bancos S.A., alegando, em síntese, que adquiriu uma motocicleta mediante financiamento

concedido pela instituição financeira recorrente. Obteve o empréstimo de R\$ 4.980,00 (quatro mil, novecentos e oitenta reais) para pagamento em 36 parcelas de R\$ 249,48 (duzentos e quarenta e nove reais e quarenta e oito centavos).

Com base em precedente desta Corte (REsp 213.825/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha), a recorrida sustentou na inicial que “*todas as vezes que a contratação dos juros remuneratórios se apresente excessivamente onerosa, em percentual caracterizadamente abusivo, por extrapolar os padrões da conjuntura econômica pátria (...), pode ser aplicada a norma protetora do consumidor, com o fito de coibirem-se intoleráveis abusos por parte das instituições financeiras*”. Além de insurgir-se contra os juros remuneratórios, que considerou excessivamente onerosos, pleiteou o afastamento da capitalização de juros, da cobrança da comissão de permanência e da inclusão de seu nome em cadastro de inadimplentes. Aventou a possibilidade de realizar o depósito da quantia que entende devida, qual seja R\$ 2.509,15 (dois mil quinhentos e nove reais e quinze centavos), em 23 prestações de R\$ 122,66 (cento e vinte e dois reais e sessenta e seis centavos). Ao final, requereu que fosse: (i) mantida na posse da motocicleta; (ii) impedida a inscrição de seu nome em cadastro de inadimplentes, como Serasa, SPC, Cartório de Protestos e Central de Risco do Banco Central; (iii) autorizada a realizar o depósito da quantia incontroversa; (iv) apresentada pelo banco cópia do contrato celebrado entre as partes; (v) declarada a nulidade das cláusulas que contrariam a lei; (vi) estipulada a aplicação de juros remuneratórios de 12% ao ano e (vii) excluída a capitalização mensal.

Sentença: Considerou que a taxa mensal de juros remuneratórios de 2,5654% ao mês era abusiva, razão pela qual a reduziu para 1% ao mês, afastando, ainda, “*a cobrança da comissão de permanência, que deverá ser substituída pelo IGPM, e determinando a capitalização anual dos*

juros" (fls. 63).

Acórdão: O Tribunal de origem negou provimento à apelação interposta pela instituição financeira, afastando, de ofício, a cobrança de certos encargos, tal como resumido na seguinte ementa:

"AÇÃO REVISIONAL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. APLICAÇÃO DO CDC. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ENCARGOS MORATÓRIOS. COMPENSAÇÃO E / OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO. EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PROTESTO DE TÍTULO. MANUTENÇÃO NA POSSE DO BEM. AUTORIZAÇÃO PARA DEPÓSITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. APLICAÇÃO DO CDC. O Código de Defesa do Consumidor implementou uma nova ordem jurídica, viabilizando a revisão contratual e a declaração de nulidade absoluta das cláusulas abusivas, o que pode ser feito inclusive de ofício pelo Poder Judiciário.

2. JUROS REMUNERATÓRIOS. É nula a taxa de juros remuneratórios em percentual superior a 12% ao ano porque acarreta excessiva onerosidade ao devedor em desproporção à vantagem obtida pela instituição credora, por aplicação do art. 51, IV, do CDC.

3. CAPITALIZAÇÃO. A capitalização dos juros é vedada em contratos da espécie, por ausência de permissão legal, ainda que expressamente convencionado.

4. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. Adoção do IGP-M para atualização do valor da moeda. Disposição de ofício.

5. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. É vedada a comissão de permanência

por cumulada com juros remuneratórios e correção monetária.

6. ENCARGOS MORATÓRIOS *6.1. Juros moratórios. Contemplados no contrato em 1% ao mês e mantidos, vedada a cumulação com juros remuneratórios e multa. 6.2. Multa Contratual. Contemplada no contrato à taxa de 2% e mantida. Deve incidir sobre a parcela efetivamente em atraso e não sobre a totalidade do débito. 6.3. Mora do Devedor. Por ter sido elidida a mora debendi, não há exigir os encargos moratórios. Esses são exigíveis tão-só quando constituído em mora o devedor. Disposição de ofício.*

7. COMPENSAÇÃO E/OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. *Após a compensação, e na eventualidade de sobrar saldo em seu favor do devedor, é admitida a repetição simples, afastada a previsão contida no parágrafo único do art. 42 do CDC. Disposição de ofício.*

8. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. *A cláusula que prevê emissão de título de crédito configura nulidade pela abusividade que ostenta ou pela excessiva outorga de poderes conferida ao credor ou pelo excesso de garantia. Disposição de ofício.*

9. TARIFA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. *A emissão de qualquer carnê ou boleto para pagamento é obrigação do credor não devendo ensejar ônus algum ao devedor, já que os arts. 319 do Código Civil/2002 e art. 939 do Código Civil/1916, não trazem no seu bojo a condição de pagamento em dinheiro para ele receber o que lhe é de direito. Disposição de ofício.*

10. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO. *Além de atender interesse exclusivo do mutuante, essa cláusula contratual contraria o disposto no art. 46, parte final, do Código de Defesa do Consumidor, pois não fornece ao mutuário todas as informações sobre sua finalidade e alcance. Disposição de ofício.*

11. CADASTRO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO NEGATIVA. Discussão da dívida que revela probabilidade, ainda que mínima, de sucesso do devedor. Inveracidade de dados e constrangimento desnecessário vedados no CDC.

12. PROTESTO DO TÍTULO. Na medida em que o devedor possui argumentos que fragilizam o negócio subjacente, podendo ser excluídos juros e taxas consideradas abusivas, o protesto revela-se ato temerário e que somente virá em prejuízo do devedor, sem qualquer repercussão jurídica de monta para o credor.

13. MANUTENÇÃO DE POSSE. É de ser mantido o devedor na posse do bem alienado fiduciariamente enquanto pendente pleito revisional.

14. AUTORIZAÇÃO DE DEPÓSITOS. É possível a autorização para depósito de valores que o autor entende devidos, enquanto pende de julgamento ação revisional de cláusulas contratuais.

15. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Redimensionados. Disposição de ofício. APELO DESPROVIDO, COM DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO”.

Recurso Especial: Sustentou haver violação aos arts. 5º da MP 2.170/36; 4º do Decreto 22.626/33; 6º, V, e 52, §1º, do CDC; 3º, 4º, VI e IX, da Lei 4.595/64; 2º, 20, 128, 333, I, 460, 515, 890 e 925 do CPC; 188, 397, 406, 422, 478, 876 e 877 do CC/02; 4º, §2º, da Lei 9.507/97; 14 da Lei 9.492/97; 161 do CTN e ainda Resolução 1.129 do CMN. Apontou, também, a existência de dissídio pretoriano. Afirma, ainda, haver violação aos arts. 5º, XXXV, e 192, CF.

Recurso Extraordinário: Interposto pela recorrente com base em suposta violação do art. 62 da CF/88.

Juízo Prévio de Admissibilidade: Transcorrido o prazo legal sem que fossem apresentadas contra-razões, foi o recurso especial admitido na

origem e considerado inepto o recurso extraordinário, ante a falta de demonstração da repercussão geral.

Aplicação do art. 543-C do CPC: O Min. Ari Pargendler, considerando a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, afetou o julgamento do recurso especial à Segunda Seção desta Corte, conforme o rito do art. 543-C do CPC. Assim, foram suspensos os recursos relacionados a direito bancário e que digam respeito a: a) juros remuneratórios; b) capitalização de juros; c) mora; d) comissão de permanência; e) inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito; f) disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao Tribunal. Em cumprimento ao despacho de fls. 226, no qual o Min. Ari Pargendler determinou a redistribuição deste processo, por prevenção, a um dos Ministros que compõem a Terceira Turma do STJ, recaiu sobre mim a incumbência de relatar o presente recurso. Responderam aos ofícios expedidos com base no art. 3º, I, da Resolução 08/08 do STJ, as seguintes entidades: (i) a Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 286); (ii) o Banco Central do Brasil (fls. 288); (iii) a Febraban – Federação Brasileira de Bancos e (iv) o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, que trouxe pareceres de Cláudia Lima Marques e Cristiano Heineck Schmitt. Manifestaram-se espontaneamente: (i) a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; (ii) a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon/SP; (ii) o Fórum Nacional das Entidades Civis de Defesa do Consumidor - FNECDC; (iii) a Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - ABECIP; (iv) a Serasa S/A, trazendo parecer de Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina; (v) a Defensoria Pública da União, cujas manifestações foram juntadas, por linha, ao processo e (vi) os professores Romualdo Wilson Cançado e Orlei Claro de Lima.

Parecer do Ministério Pùblico Federal: Por fim, o Ministério Pùblico Federal opinou às fls. 957/1.024, em parecer da lavra do i. Subprocurador-Geral da Repùblica, Dr. Aurélio Rios, sustentando questão de ordem para que se delimitasse a matéria a ser julgada. No mérito, propugnou pela parcial procedência do especial, tão-somente em relação à taxa de indexação dos juros remuneratórios, ressalvada a aplicação das taxas médias de mercado. É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : UNIBANCO UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A

**ADVOGADOS : MARIANE CARDOSO MACAREVICH E OUTRO(S)
LUCIANO CORRÊA GOMES**

RECORRIDO : ROSEMARI DOS SANTOS SANCHES

ADVOGADO : MAURO TRÁPAGA TEIXEIRA

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

VOTO

DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO

A natureza do procedimento do art. 543-C do CPC visa unificar o entendimento e orientar a solução de recursos repetitivos. No despacho que instaurou o incidente do processo repetitivo, o relator originário, Min. Ari Pargendler, determinou que fossem suspensos os processamentos dos recursos especiais que versassem sobre *“as seguintes matérias, quando ativadas em ações que digam respeito a contratos bancários: a) juros remuneratórios; b) capitalização de juros; c) mora; d) comissão de permanência; e) inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito; f) disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal”* (fls. 224). Apesar da aparente abrangência do termo *“contratos bancários”* do despacho supratranscrito, constata-se que a característica da multiplicidade de

recursos especiais, exigida pelo art. 543-C do CPC, evidencia-se nos contratos bancários que se submetem à legislação consumerista. Portanto, este julgamento abordará, em quaisquer de suas modalidades, apenas os contratos de mútuo bancário em que a relação de consumo esteja caracterizada, nos termos do alcance da ADI 2.591-1, relator para acórdão o Min. Eros Grau. Conforme estabelecido na referida ADI, aos bancos aplica-se o CDC, norma “*de ordem pública e interesse social*” (art. 1º do CDC). Eis a ementa do julgado em comento:

“ART. 3º, §2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

1. *As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.*
2. *“Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito”.*

Ressalte-se, ainda, que esta 2ª Seção, sem discrepar deste entendimento, tem reiteradamente aplicado este diploma às relações bancárias, conforme a Súmula 297/STJ, inclusive à taxa de juros (conf. REsp 327.727/SP, 2ª Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha DJ 08.03.2004; REsp 402.261/RS, 2ª Seção, Rel. p. Acórdão Min. Ari Pargendler, DJ 06.12.2004; REsp 291.575/RS, 2ª Seção, Rel. p. Acórdão Min. Ari Pargendler, DJ 06.12.2004; REsp 420.111/RS, 2ª Seção, Rel. p. Acórdão Min. Ari Pargendler, DJ 06.10.2003; REsp 407.097/RS, 2ª Seção, Rel. p. Acórdão Min. Ari Pargendler, DJ 29.09.2003). Registre-se que não se encontram abrangidas por esta decisão as Cédulas de Crédito Rural, Industrial, Bancária e Comercial; os contratos celebrados por cooperativas de crédito, os que se incluem

sob a égide do Sistema Financeiro da Habitação, bem como os que digam respeito a crédito consignado. Por fim, em decisão colegiada, os Ministros da 2^a Seção consideraram que os efeitos externos trazidos pelo art. 543-C, § 7º, do CPC somente atingiriam os temas que, cumulativamente: i) estivessem previstos no despacho que instaurou o presente incidente de processo repetitivo; ii) tivessem sido discutidos nas razões do recurso especial e iii) conseguissem preencher todos os requisitos de admissibilidade e fossem alvo de expressa manifestação desta 2^a Seção quanto ao mérito recursal. As demais questões trazidas no especial serão igualmente apreciadas no exame do recurso representativo, mas as razões de decidir aqui declinadas quanto a tais pontos não terão a aptidão de produzir os referidos efeitos externos do art. 543-C, § 7º, do CPC.

PRELIMINAR

- Do pedido de suspensão do julgamento formulado pelo MPF.

Em seu parecer, o i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, afirma que “*o Superior Tribunal de Justiça não deve, enquanto não julgada definitivamente a ADIn nº 2316/DF, manifestar-se sobre o tema capitalização mensal de juros*” (fls. 989). Entretanto, até que seja encerrado o julgamento do referido processo, deve prevalecer a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP nº 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01, que admite a capitalização mensal de juros nas operações realizadas por instituições financeiras. O princípio da imperatividade assegura a auto-executoriedade das normas jurídicas, dispensando prévia declaração de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Ainda que esta presunção seja *iuris tantum*, a norma só é extirpada do ordenamento com o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. E essa questão, na hipótese específica do art. 5º da MP nº 1.963-17/00, ainda não foi resolvida pelo STF, nem mesmo em sede liminar. Logo, entende-se que não deve ser acolhido este pedido de suspensão do julgamento.

JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE - ART. 543-C, § 7º, DO CPC

I - PERÍODO DA ADIMPLÊNCIA

1. JUROS REMUNERATÓRIOS

Juros remuneratórios são aqueles que representam o preço da disponibilidade monetária, pago pelo mutuário ao mutuante, em decorrência do negócio jurídico celebrado entre eles.

1.1. Juros Remuneratórios Pactuados

O entendimento hoje vigente nesta 2ª Seção indica que a regra, no Sistema Financeiro Nacional, é a liberdade na pactuação dos juros remuneratórios. Isso implica, mais especificamente, reconhecer que:

(i) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios que foi estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), como já dispõe a Súmula 596/STF.

Inaplicabilidade da Lei de Usura.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	AgRg no Resp 1.041.086/RS, j. em 19.08.2008	4ª Turma
Aldir Passarinho Junior	REsp 680.237/RS, j. em 14.12.2005	2ª Seção
Nancy Andrichi	AgRg no Ag 921.983/RJ, j. em 01.04.2008	3ª Turma
João Otávio de Noronha	AgRg no Ag 888.492/SP, j. em 18.12.2007	4ª Turma
Massami Uyeda	REsp 1.036.474/RS, j. em 27.05.2008	3ª Turma
Sidnei Beneti	Ag 1.026.104/MG, DJe de 01.08.2008	Unipessoal
Luis Felipe Salomão	REsp 1.007.071/RS , DJe de 27.08.2008	Unipessoal

Carlos Mathias	REsp 1.038.020/RS, Dje de 26.09.2008	Unipessoal
Ari Pargendler	REsp 402.261/RS, j. em 26.03.2003	2ª Seção

(ii) A simples estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano não indica abusividade.

Não abusividade pela simples estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	AgRg no REsp 913.609/RS, j. em 20.11.2007	4ª Turma
Aldir Passarinho Junior	AgRg no REsp 688.627/RS, j. em 17.03.2005	4ª Turma
Nancy Andrichi	REsp 715.894/PR, j. em 26.04.2006	2ª Seção
João Otávio de Noronha	REsp 1.038.242/RS, DJe de 12.09.2008	Unipessoal
Massami Uyeda	REsp 1.042.903/RS, j. em 03.06.2008	3ª Turma
Sidnei Beneti	AgRg no REsp 879.902/RS, j. em 19.06.2008	3ª Turma
Luis Felipe Salomão	REsp 1.007.071/RS, DJe de 27.08.2008	Unipessoal
Carlos Mathias	REsp 1.038.020/RS, Dje de 26.09.2008	Unipessoal
Ari Pargendler	AgRg nos EDcl no REsp 681.411/RS, j. em 27.09.2005	3ª Turma

(iii) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02 (Único voto

encontrado: REsp 680.237/RS, 2^a Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 15.03.2006).

(iv) É inviável a utilização da Selic - taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - como parâmetro de limitação de juros remuneratórios.

Vedaçāo da utilizāo da Taxa Selic para limitaçāo dos juros remuneratórios.		
Ministro Relator	Julgado	Órgāo
Fernando Gonçalves	REsp 1.056.274/RS, DJe de 12.09.2008	Unipessoal
Aldir Passarinho Junior	REsp 915.572/RS, j. em 07.02.2008	4 ^a Turma
Nancy Andrichi	AgRg nos EDcl no REsp 808.324/RS, j. em 09.05.2006	3 ^a Turma
João Otávio de Noronha	REsp 1.044.457/RS, DJe de 02.09.2008	Unipessoal
Massami Uyeda	AgRg no REsp 1.023.399/RS, j. em 13.05.2008	3 ^a Turma
Sidnei Beneti	REsp 1.055.002/RS, DJe de 01.08.2008	Unipessoal
Luis Felipe Salomão	REsp 986.943/RS, DJe de 05.08.2008	Unipessoal
Carlos Mathias	REsp 919.838/RS, DJe de 26.09.2008	Unipessoal
Ari Pargendler	REsp 901.518/RS, DJe de 13.08.2008	Unipessoal

1.2. A Revisão dos Juros Remuneratórios Pactuados

Fixada a premissa de que, salvo situações excepcionais, os juros remuneratórios podem ser livremente pactuados em contratos de empréstimo no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, questiona-se a

possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle da liberdade de convenção de taxa de juros naquelas situações que são evidentemente abusivas. A dificuldade do tema, que envolve o controle do preço do dinheiro é enorme. Isso não é, entretanto, suficiente para revogar o art. 39, V, CDC, que veda ao fornecedor, dentre outras práticas abusivas, “*exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva*”, e o art. 51, IV, do mesmo diploma, que torna nulas as cláusulas que “*estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade*”. As premissas básicas de solução foram lançadas no julgamento do REsp 407.097/RS, DJ de 29.09.2003, quando a 2ª Seção estava diante da cobrança de taxa de juros de 10,90% ao mês em contrato de abertura de crédito em conta corrente. Naquela oportunidade, a maioria dos Ministros manifestou o entendimento de que os juros não deveriam ser limitados, salvo em hipóteses excepcionais. A excepcionalidade pressupunha: (i) aplicação do CDC ao contrato e (ii) taxa que comprovadamente discrepasse, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo, salvo se justificada pelo risco da operação (no mesmo sentido, vide REsp 420.111/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p. Acórdão Min. Ari Pargendler, DJ de 06.10.2003). Acompanhando tais precedentes, os Ministros que atualmente compõem esta 2ª Seção têm admitido a possibilidade de controle dos juros manifestamente abusivos naqueles contratos que se inserem em uma relação de consumo. O Min. Aldir Passarinho Junior vem considerando “*que a pactuação [dos juros] é livre entre as partes, somente se podendo falar em taxa abusiva se constatado oportunamente por prova robusta que outras instituições financeiras, nas mesmas condições, praticariam percentuais muito inferiores*” (REsp 915.572/RS, Quarta Turma, DJe 10.03.2008). Por isso, o Ministro Aldir defende que essa abusividade seja demonstrada em “*perícia que propicie a comparação com as taxas*

praticadas por outras instituições financeiras, desde que coincidentes o produto, a praça e a época da firmatura do pacto” (AgRg no REsp 935.231/RJ, Quarta Turma, DJ de 29.10.2007). No mesmo sentido, o Min. João Otávio de Noronha tem asseverado que “*a alteração da taxa de juros pactuada depende da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado*” (AgRg no REsp 939.242/RS, Quarta Turma, DJe de 14.04.2008). O Min. Luis Felipe Salomão, por sua vez, afirma que “*a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período, o que não ocorreu no caso dos autos*” (AgRg no REsp 881.383, DJ de 27.08.2008). O Min. Fernando Gonçalves sustenta que “*a alteração da taxa de juros pactuada depende da demonstração cabal da sua abusividade em relação à taxa média de mercado*” (AgRg no REsp 1.041.086/RS, Quarta Turma, DJe de 01.09.2008). O Min. Massami Uyeda entende ser “*firme o entendimento desta augusta Corte no sentido de que, não obstante a inequívoca incidência da lei consumerista nos contratos bancários, a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos (...)*” e, com base nesse argumento e na Súmula 7/STJ, já manteve acórdão que reduziu uma taxa de juros de 45,65% ao ano, em contrato de alienação fiduciária, para o patamar da taxa média de 37,42% ao ano (REsp 1.036.857/RS, Terceira Turma, DJe de 05.08.2008). O Min. Sidnei Beneti reconheceu que “*para o período da inadimplência, permite-se o controle judicial dos juros remuneratórios, com base nas regras do Código de Defesa do Consumidor, quando ficar comprovado que o percentual cobrado destoa da taxa média de mercado para a mesma operação financeira*”. Assim, conclui o Min. Beneti que, como “*o Acórdão recorrido apurou que a taxa de juros*

remuneratórios cobrada pela instituição financeira recorrida encontra-se acima do dobro da taxa média do mercado para a modalidade do negócio jurídico efetivado”, na inadimplência, os juros deveriam variar “segundo a taxa média do mercado, para a operação de mútuo, apurada pelo Banco Central do Brasil, na forma da Circular da Diretoria nº 2.957, de 28 de dezembro de 1999 (...)” (REsp 977.789/RS, Terceira Turma, DJe de 20.06.2008). Ressalte-se, para fins ilustrativos, que nessa hipótese havia dois contratos de mútuo, um com taxa de 9,9% ao mês e outro de 8,8% ao mês. Aponta-se, ainda, precedente de minha lavra, com o qual manifestaram concordância os Min. Ari Pargendler, Massami Uyeda e Sidnei Beneti, no qual, diante de empréstimo pessoal a juros de 249,85% ao ano, superiores ao dobro da taxa média apurada pelo Banco Central, ficou estabelecido que “*cabalmente demonstrada pelas instâncias ordinárias a abusividade da taxa de juros remuneratórios cobrada, deve ser feita sua redução ao patamar médio praticado pelo mercado para a respectiva modalidade contratual*” (Resp 1.036.818, Terceira Turma, DJe de 20.06.2008). Por sua importância, ainda vale mencionar a posição de alguns Ministros que não mais integram esta 2ª Seção: O Ministro César Asfor Rocha, diante de juros remuneratórios pactuados à taxa de 34,87% ao mês contra uma taxa média, apurada por perícia, de 14,19% ao mês, entendeu que, estando “*cabalmente comprovada por perícia, nas instâncias ordinárias, que a estipulação da taxa de juros remuneratórios foi aproximadamente 150% maior que a taxa média praticada no mercado, nula é a cláusula do contrato*” (REsp 327.727/SP, Segunda Seção, DJ de 08.03.2004). O Min. Pádua Ribeiro, por seu turno, constatando cobrança de taxa superior ao triplo da média (380,78% ao ano contra 67,81% ao ano), reduziu-a para o “*patamar médio praticado pelo mercado para a respectiva modalidade contratual*” (REsp 971.853/RS, Quarta Turma, DJ de 24.09.2007). O Ministro Ari Pargendler consignou que “*evidentemente, pode-se, em casos concretos reconhecer a existência de juros abusivos.*

Por exemplo, no Agravo de Instrumento nº 388.622, MG, tive ocasião de decidir que, ‘se o acórdão, confortado por laudo pericial, dá conta de que os juros praticados na espécie excediam em quase 50% à taxa média de mercado, não há como fugir da conclusão de que são, mesmo, abusivos’ (DJ, 10.08.2001). O tema, com certeza, é complexo, porque o risco de cada operação influi na respectiva taxa de juros. Mas o peso desse componente, e de outros, no custo do empréstimo deve, então, caso a caso, ser justificado pela instituição financeira, o juiz saberá decidir as controvérsias a propósito, se respeitar a racionalidade econômica, representada pelo mercado” (voto proferido no REsp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003; no mesmo sentido, vide REsp 420.111/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p. Acórdão Min. Ari Pargendler, DJ de 06.10.2003; REsp 1.061.512, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 07.08.2008). Logo, diante desse panorama sobre o posicionamento atual da 2ª Seção, conclui-se que é admitida a revisão das taxas de juros em situações excepcionais, desde que haja relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) esteja cabalmente demonstrada. Necessário tecer, ainda, algumas considerações sobre parâmetros que podem ser utilizados pelo julgador para, diante do caso concreto, perquirir a existência ou não de flagrante abusividade. Inicialmente, destaque-se que, para este exame, a meta estipulada pelo Conselho Monetário Nacional para a Selic – taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – é insatisfatória. Ela apenas indica o menor custo, ou um dos menores custos, para a captação de recursos pelas instituições que compõem o Sistema Financeiro Nacional. Sua adoção como parâmetro de abusividade elimina o ‘spread’ e não resolve as intrincadas questões inerentes ao preço do empréstimo. Por essas razões, conforme destacado, o STJ em diversos precedentes tem afastado a taxa Selic como parâmetro de limitação de juros. Descartados índices ou taxas fixos, é razoável que

os instrumentos para aferição da abusividade sejam buscados no próprio mercado financeiro. Assim, a análise da abusividade ganhou muito quando o Banco Central do Brasil passou, em outubro de 1999, a divulgar as taxas médias, ponderadas segundo o volume de crédito concedido, para os juros praticados pelas instituições financeiras nas operações de crédito realizadas com recursos livres (conf. Circular nº 2957, de 30.12.1999). As informações divulgadas por aquela autarquia, acessíveis a qualquer pessoa através da rede mundial de computadores (conforme <http://www.bcb.gov.br/?ecoimpom> - no quadro XLVIII da nota anexa; ou <http://www.bcb.gov.br/?TXCREDMES>, acesso em 06.10.2008), são segregadas de acordo com o tipo de encargo (prefixado, pós-fixado, taxas flutuantes e índices de preços), com a categoria do tomador (pessoas físicas e jurídicas) e com a modalidade de empréstimo realizada ('hot money', desconto de duplicatas, desconto de notas promissórias, capital de giro, conta garantida, financiamento imobiliário, aquisição de bens, 'vendor', cheque especial, crédito pessoal, entre outros). A taxa média apresenta vantagens porque é calculada segundo as informações prestadas por diversas instituições financeiras e, por isso, representa as forças do mercado. Ademais, traz embutida em si o custo médio das instituições financeiras e seu lucro médio, ou seja, um 'spread' médio. É certo, ainda, que o cálculo da taxa média não é completo, na medida em que não abrange todas as modalidades de concessão de crédito, mas, sem dúvida, presta-se como parâmetro de tendência das taxas de juros. Assim, dentro do universo regulatório atual, a taxa média constitui o melhor parâmetro para a elaboração de um juízo sobre abusividade. Como média, não se pode exigir que todos os empréstimos sejam feitos segundo essa taxa. Se isto ocorresse, a taxa média deixaria de ser o que é, para ser um valor fixo. Há, portanto, que se admitir uma faixa razoável para a variação dos juros. A jurisprudência, conforme registrado anteriormente, tem considerado abusivas taxas superiores a uma vez e meia (voto proferido pelo Min. Ari

Pargendler no REsp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003), ao dobro (Resp 1.036.818, Terceira Turma, minha relatoria, DJe de 20.06.2008) ou ao triplo (REsp 971.853/RS, Quarta Turma, Min. Pádua Ribeiro, DJ de 24.09.2007) da média. Todavia, esta perquirição acerca da abusividade não é estanque, o que impossibilita a adoção de critérios genéricos e universais. A taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos.

1.3. Taxa aplicável quando reconhecida a abusividade na contratação dos juros remuneratórios.

A questão final atinente a este tópico procura responder ao seguinte problema: constatada a abusividade, qual taxa deve ser considerada adequada pelo Poder Judiciário? Muitos precedentes indicam que, demonstrado o excesso, deve-se aplicar a taxa média para as operações equivalentes, segundo apurado pelo Banco Central do Brasil (vide, ainda, EDcl no AgRg no REsp 480.221/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 27.3.2007; e REsp 971853/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 24.09.2007). Esta solução deve ser mantida, pois coloca o contrato dentro do que, em média, vem sendo considerado razoável segundo as próprias práticas do mercado. Não se deve afastar, todavia, a possibilidade de que o juiz, de acordo com seu livre convencimento racional, indicar outro patamar mais adequado para os juros, segundo as circunstâncias particulares de risco envolvidas no empréstimo.

CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Portanto, no que diz respeito aos juros remuneratórios, a 2^a Seção do STJ consolida o entendimento de que:

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros

remuneratórios que foi estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), como dispõe a Súmula 596/STF;

- b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano por si só não indica abusividade;
- c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;
- d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do caso concreto.

II - PERÍODO DA INADIMPLÊNCIA

2. CONFIGURAÇÃO DA MORA

Quanto à mora em contratos bancários, são vários os entendimentos cristalizados pela jurisprudência do STJ ao longo dos anos. De forma sucinta, a seguir serão expostos tais entendimentos, no sentido do mais geral ao mais particular. É preciso alertar, apenas, que nem sempre foram encontradas decisões que exemplificassem a utilização de cada uma de tais posições. E esse fato não deve ser interpretado como representativo de uma eventual superação ou desprestígio de certo entendimento em face de outro. Trata-se, apenas, de um sinal demonstrativo das relações de continência e de especialidade existentes entre os tópicos, pois, à medida que existe certo diálogo entre eles, é natural que nem todos sejam citados cumulativamente. A partir de tais ressalvas, o entendimento mais genérico é aquele consubstanciado no precedente REsp 607.961/RJ, 2ª Seção, de minha Relatoria, julgado em 09.03.2005, segundo o qual “não basta o ajuizamento de ação revisional para descaracterização da mora”.

Esse primeiro posicionamento é encontrado, isoladamente, em decisões de alguns Ministros, conforme segue:

Insuficiência do mero ajuizamento de ação revisional para descharacterizar a mora.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves		
Aldir Passarinho Junior		
Nancy Andrichi	REsp 607.961/RJ, j. em 09.03.2005	2ª Seção
João Otávio de Noronha		
Massami Uyeda	Resp nº 1.071.004/RS, DJ de 15.08.2008	Unipessoal
Sidnei Beneti		
Luis Felipe Salomão		
Carlos Mathias		
Ari Pargendler	AgRg no Ag 678.120/SP, j. em 29.11.2005	3ª Turma

O entendimento mais utilizado, todavia, é aquele derivado do julgamento do EREsp 163.884/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 23.05.2001, segundo o qual apenas a constatação de que foram exigidos encargos abusivos na contratação permite o afastamento da configuração da mora. Tal posicionamento é reiteradamente aceito:

A exigência de encargos abusivos permite o afastamento da mora.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	AgRg no Resp 1.060.855/RS, j. em 19.08.2008	4ª Turma

A exigência de encargos abusivos permite o afastamento da mora.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Aldir Passarinho Junior	AgRg no Resp 990.830/RS, j. em 24.06.2008	4ª Turma
Nancy Andrichi	AgRg no Ag 710.601/MS, j. em 16.02.2006	3ª Turma
João Otávio de Noronha	Resp 1.029.420/RS, DJ de 04.08.2008	Unipessoal
Massami Uyeda	Resp 1.068.353/RS, DJ de 15.08.2008	Unipessoal
Sidnei Beneti	AgRg no Resp 973.646/RS, j. em 25.03.2008	3ª Turma
Luis Felipe Salomão		
Carlos Mathias		
Ari Pargendler	Ed no AgRg no Resp 593.205/RS, j. em 23.11.2005	3ª Turma

De forma correlata, é possível citar diversos precedentes utilizando o mesmo argumento, mas com a inversão da premissa e da conclusão - ou seja, se não existe abusividade, a mora do devedor está configurada:

Configuração da mora na ausência de abusividade.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	Resp 750.022/RS, j. em 15.09.2005	4ª Turma
Aldir Passarinho Junior	AgRg no Resp 917.459/RS, j. em 13.05.2008	4ª Turma
Nancy Andrichi	AgRg no Resp 958.662/RS, j. em 25.09.2007	3ª Turma

Configuração da mora na ausência de abusividade.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
João Otávio de Noronha	Resp 1.067.303/RS, DJ de 15.08.2008	Unipessoal
Massami Uyeda	Resp 894.916/RS, DJ de 19.12.2006	Unipessoal
Sidnei Beneti	Resp 1.063.818/RS, DJ de 22.08.2008	Unipessoal
Luis Felipe Salomão	Resp 1.015.148/RS, DJ de 04.08.2008	Unipessoal
Carlos Mathias		
Ari Pargendler	Resp nº 708.633/RS, j. em 26.02.2008	3ª Turma

Porém, deve-se deixar claro que é o eventual abuso na exigência dos chamados “encargos da normalidade” – notadamente nos juros remuneratórios e na capitalização de juros – que deve ser levado em conta para tal análise, conforme definido no precedente EDcl no AgRg no REsp 842.973/RS, 3ª Turma, Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 21.08.2008. De outro modo, o eventual abuso em algum dos encargos moratórios não descaracteriza a mora. Esse abuso deve ser extirpado ou decotado sem que haja interferência ou reflexo na caracterização da mora em que o consumidor tenha eventualmente incidido, pois a configuração dessa é condição para incidência dos encargos relativos ao período da inadimplência, e não o contrário. Os encargos abusivos que possuem potencial para descaracterizar a mora são, portanto, aqueles relativos ao chamado “período da normalidade”, ou seja, aqueles encargos que naturalmente incidem antes mesmo de configurada a mora.

Somente o abuso na cobrança de encargo ‘da normalidade’ descaracteriza a mora.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	Resp 905.278/RS, DJ de 27.06.2008	Unipessoal
Aldir Passarinho Junior	Ed no AgRg no Resp 533.704/RS, j. em 08.03.2005	4ª Turma
Nancy Andrichi	Ed no AgRg no Resp 842.973/RS, j. em 21.08.2008	3ª Turma
João Otávio de Noronha	Voto-vista no Ed no AgRg no Resp 842.973/RS, j. em 21.08.2008	3ª Turma
Massami Uyeda	Resp 1.036.474/RS, j. em 27.05.2008	3ª Turma
Sidnei Beneti	AgRg no Resp 1.017.958/RS, j. em 15.04.2008	3ª Turma
Luis Felipe Salomão	Resp 996.217/RS, DJ de 04.08.2008	Unipessoal
Carlos Mathias		
Ari Pargendler	Voto-vista no Ed no AgRg no Resp 842.973/RS, j. em 21.08.2008	3ª Turma

CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Logo, os seguintes enunciados representam a jurisprudência consolidada na 2ª Seção quanto ao tema: I. Afasta a caracterização da mora: (i) a constatação de que foram exigidos encargos abusivos na contratação, durante o período da normalidade contratual. II. Não afasta a caracterização da mora: i) o simples ajuizamento de ação revisional; (ii) a mera constatação de que foram exigidos encargos moratórios abusivos na contratação.

3. JUROS MORATÓRIOS

Juros moratórios são aqueles pagos pelo mutuário ao mutuante em

decorrência da mora no cumprimento da prestação estabelecida no contrato.

3.1. Posicionamento Atual da 2^a Seção

A jurisprudência do STJ encontra-se pacificada no sentido de que, nos contratos bancários não alcançados por lei específica, os juros moratórios podem ser convencionados até o limite de 1% ao mês. Dentre outros, neste sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

Juros moratórios - Limitação de 1% ao mês.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	AgRg no REsp 672.168/RS, j. em 05.04.2005	4 ^a Turma
Aldir Passarinho Junior	AgRg no Ag 558.753/RS, j. em 08.06.2004	4 ^a Turma
Nancy Andrichi	AgRg no REsp 469.538/RS, j. em 20.02.2003	3 ^a Turma
João Otávio de Noronha	Ag 965.353/RS, DJe de 12.02.2008	Unipessoal
Massami Uyeda	REsp 1.038.417/RS, DJe de 25.06.2008	Unipessoal
Sidnei Beneti	AgRg no REsp 879.902/RS, j. em 19.06.2008	3 ^a Turma
Luis Felipe Salomão	REsp 1.007.561/RS, DJe de 05.08.2008	Unipessoal
Carlos Mathias	-	-
Antônio de Pádua Ribeiro	AgRg no REsp 406.841/RS, j. em 10.06.2003	3 ^a Turma
Ari Pargendler	REsp 188.674/MG, j. em 17.06.2003	3 ^a Turma

Juros moratórios - Limitação de 1% ao mês.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Barros Monteiro	REsp 400.255/RS, j. em 02.09.2003	4ª Turma
Carlos A. Menezes Direito	AgRg no REsp 765.674/RS, j. em 26.10.2006	3ª Turma
Castro Filho	REsp 402.483/RS, j. em 26.03.2003	2ª Seção
Cesar Asfor Rocha	REsp 623.691/RS, j. em 27.09.2005	4ª Turma
Hélio Quaglia Barbosa	AgRg no REsp 791.172 / RS, j. em 22.08.2006	4ª Turma
Humberto Gomes de Barros	AgRg no Ag 830.575/RS, j. em 19.12.2007	3ª Turma

CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A 2ª Seção mantém o entendimento de que, nos contratos bancários não alcançados por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

4. CADASTROS DE INADIMPLÊNCIA

Entende-se por cadastros de inadimplência todos os bancos de dados mantidos por quaisquer instituições, financeiras ou não, para controle acerca da reputação do correntista, quanto à solvabilidade das obrigações por ele contraídas. São exemplos os cadastros mantidos por instituições financeiras (SERASA) ou empresas particulares (SPC), sem prejuízo de outros, existentes ou que venham a ser criados. A controvérsia acerca da inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplência apresenta-

se sob duas óticas, a saber: (i) a possibilidade de inscrição no curso do processo em que se discute o saldo devedor - e a consequente ponderação acerca dos requisitos para o deferimento de tutela antecipada ou medida liminar que a impeça; e (ii) a possibilidade de inscrição depois de discutido o mérito da ação, e os requisitos a serem observados pela sentença para autorizar ou negar tal inscrição. Cada uma dessas questões deve ser analisada à luz da jurisprudência desta Corte, para uniformização dos precedentes sobre a questão.

4.1. Pedido de antecipação de tutela.

A jurisprudência da 2ª Seção, consolidada no REsp 527.618/RS, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 22/11/2003, firmou o entendimento de que, para que se defira medida liminar ou antecipação de tutela que impeça a inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplência, no curso do processo, devem ser exigidos cumulativamente os seguintes requisitos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que nessa ação esteja efetivamente demonstrado que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; c) contestada apenas parte do débito, ofereça-se o depósito da parcela incontroversa ou a prestação de caução, fixada conforme o prudente arbítrio do juiz.

Cadastros de inadimplência - Pedido de antecipação de tutela.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	REsp 871.832/PR, j. em 25.09.2007	4ª Turma
Aldir Passarinho Junior	REsp 712.126/RS, j. em 22.03.2005	4ª Turma
Nancy Andrighi	AgRg no REsp 991.037/RS, j. em 18.03.2008	3ª Turma
João Otávio de Noronha	REsp 1.070.998/MS, DJ de 27.08.2008	Unipessoal

Massami Uyeda	Ag 851.538/RS, DJ de 03.08.2007	Unipessoal
Sidnei Beneti	Ag 821.076/RJ, DJ de 30.06.2008	Unipessoal
Luis Felipe Salomão	AgRg no Ag 970.099/DF, j. em 26.08.2008	4ª Turma
Carlos Mathias	Ag 920.214/DF, DJ de 05.09.2008	Unipessoal
Ari Pargendler	AgRg no Ag 651.764/RS, j. em 27.08.2008	3ª Turma

4.2. Sentença com resolução do mérito.

A remessa do nome do devedor para os referidos cadastros de inadimplentes deve se limitar a acompanhar o que ficar decidido quanto à mora, ou seja, tal inscrição somente será lícita se a mora restar configurada.

CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Logo, os seguintes enunciados representam a jurisprudência consolidada na 2ª Seção quanto ao tema: a) A proibição da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) houver ação fundada na existência integral ou parcial do débito; ii) ficar demonstrado que a alegação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) for depositada a parcela incontroversa ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes, por ocasião da sentença ou do acórdão, seguirá a sorte do que houver sido decidido no mérito do processo quanto à mora. Autoriza-se a inscrição/manutenção apenas se configurada a mora.

5. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. REVISÃO DE OFÍCIO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

Considerando a renovação da composição da 2ª Seção, dado que sou a única remanescente do julgamento do EREsp 702.524/RS, propus

a rediscussão do entendimento consolidado e registrei que o meu posicionamento, sempre ressalvado, foi no sentido de admitir a revisão de ofício, pelos julgadores das instâncias ordinárias, pois estes julgamentos, muitas vezes, limitam-se a reconhecer proteções ao consumidor que já estão pacificadas pela jurisprudência do STJ. No Eresp nº 702.524/RS, consignei que a visão restritiva da análise das disposições de ofício, mediante perspectiva puramente processual, estava empurrando a jurisprudência do STJ para um paradoxo, porque em questão similar - decretação de ofício da nulidade da cláusula de eleição de foro -, a solução adotada foi pelo conhecimento de ofício da questão. Diante da antinomia dos julgamentos, por que assumir postura diversa em relação a todas as demais cláusulas abusivas que possam vir a serem declaradas nulas? Ademais, essa proposição, hoje, reafirma-se pela tomada de posição do legislador, que inseriu um parágrafo único no art. 112 do CPC (pela Lei nº 11.280/06), segundo o qual *"a nulidade da clausula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicilio do réu"*. Atenta ao micro-sistema introduzido pelo CDC, vinculado aos demais princípios e normas que orientam o direito pátrio, notadamente do CC/02, que é sua fonte de complementação normativa, entendo que não é coerente adotar perante hipóteses idênticas soluções diversas. O CDC é categorizado como norma de ordem pública (art. 1º); portanto, todas as suas disposições possuem interesse público que impelem o juiz a atuar de ofício. Além do mais, o CDC adotou a mesma teoria de nulidades que regula os contratos regidos pelo Código Civil, especificando os vícios que são causa de nulidade e que o juiz deve declarar de ofício. A abusividade, por exemplo, é disciplinada como vício de nulidade da cláusula do contrato - art. 51, IV, do CDC. Outro motivo relevante que me levou a fazer esta proposição é o resultado dos julgamentos em favor dos consumidores, na perspectiva da política judiciária. Como explicar ao consumidor, leigo juridicamente,

que determinada cláusula, apesar de abusiva, é válida para ele, mas não o é para o seu vizinho, em situação idêntica? O que ocorre é que na ação revisional proposta pelo vizinho houve pedido expresso de declaração de nulidade, ao passo que no seu processo não foi formulado tal pedido, o que impede o juiz de pronunciá-la. Consequências graves são geradas por esse tipo de julgamento: a primeira é a equivocada priorização da norma processual (que exige a formulação de pedido expresso) de molde a inviabilizar o conhecimento e a aplicação do direito material (nulificação da cláusula abusiva), exigindo para tanto uma nova movimentação da máquina judiciária com a propositura de outra ação; a segunda é o manifesto descumprimento de regra que disciplina a sanção decorrente da abusividade/nulidade, prevista expressamente no CDC e no ordenamento jurídico complementar (CDC, art. 51, todos os seus incisos, cumulado com o CC/02, parágrafo único, do art. 168, que determina ao juiz pronunciar as nulidades provadas, quando conhecer do negócio jurídico ou de seus efeitos); a terceira é o descrédito no Poder Judiciário, que tem a obrigação constitucional de tratar igualmente os consumidores que se encontram em situações idênticas; a quarta é a frustração de toda a operacionalidade do novo instrumento dos processos repetitivos, pois o não reconhecimento de ofício impõe reiteração de ações e recursos, que o art. 543-C visa impedir, prejudicando a almejada celeridade na entrega da prestação jurisdicional. O entendimento da Relatora foi acompanhado, com fundamentos diversos, pelo i. Min. Luis Felipe Salomão. Os demais Ministros que compõem a 2^a Seção do STJ mantiveram a tese de que o juiz não está autorizado a proceder à revisão de ofício de cláusulas contratuais. Os precedentes que cristalizaram essa posição são o REsp 541.153/RS, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 08.06.2005, e o EREsp 702.524/RS, do qual fui relatora originária, vencida, e Relator para acórdão o Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 08.03.2006. Registro, por oportuno, que todos os Ministros que compõem a 2^a Seção possuem decisões neste

sentido, ainda que com ressalvas. Confira-se:

Impossibilidade de revisão de ofício de cláusulas contratuais nas instâncias ordinárias.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	EREsp 645.902/RS, j. em 10.10.2007	2ª Seção
Aldir Passarinho Junior	AgRg no Resp 1.028.361/RS, j. em 15.05.2008	4ª Turma
Nancy Andrichi	AgRg no Resp 824.847/RS, j. em 16.05.2006	3ª Turma
João Otávio de Noronha	Resp 1.064.594/RS, DJ de 04.08.2008	Unipessoal
Massami Uyeda	Resp 1.042.903/RS, j. em 3.06.2008	3ª Turma
Sidnei Beneti	AgRg no Resp 782.895/SC, j. em 19.06.2008	3ª Turma
Luis Felipe Salomão	Resp 1.007.561/RS, DJ de 05.08.2008	Unipessoal
Carlos Mathias	-	-
Ari Pargendler	AgRg no EREsp 801.421/RS, j. em 14.03.2007	2ª Seção

CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Assim, resta mantido o posicionamento desta 2ª Seção no sentido de que é vedado aos juízes de primeiro e segundo grau, com fundamento no art. 51 do CDC, julgar, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas contratuais.

RESUMO DAS ORIENTAÇÕES - ART. 543-C, § 7º, DO CPC

1- JUROS REMUNERATÓRIOS

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios que foi estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33),

como dispõe a Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano por si só não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do caso concreto.

2- CONFIGURAÇÃO DA MORA

a) Afasta a caracterização da mora a constatação de que foram exigidos encargos abusivos na contratação, isto é, durante o período da normalidade contratual; b) O mero ajuizamento de ação revisional ou a constatação de que foram exigidos encargos moratórios abusivos não afastam a caracterização da mora.

3- JUROS MORATÓRIOS

Nos contratos bancários não alcançados por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

4- INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

a) A proibição da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) houver ação fundada na existência integral ou parcial do débito; ii) ficar demonstrado que a alegação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) for depositada a parcela incontroversa ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes, por ocasião da sentença ou do acórdão, seguirá a sorte do que houver sido decidido no mérito do processo quanto à mora. Autoriza-se a inscrição/manutenção apenas se configurada a mora.

5- JULGAMENTO COM DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO

É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau, com fundamento no art. 51 do CDC, julgar, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas contratuais. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO

REsp n.^º 1.061.530/RS

1. Deficiência na fundamentação.

Embora mencione uma suposta violação aos arts. 6º, V, do CDC; 4º, VI, da Lei 4.595/64; 422 e 478 do CC/02; 2º, 20 e 331, I, do CPC; 14 da Lei 9.492/97 e 161 do CTN, o recorrente não demonstrou, em relação a tais dispositivos legais, no que consistiria a ofensa à legislação federal. A simples menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, não abrem o caminho do Especial (Conf. AgRg no Ag 663.548/MS, Terceira Turma, DJ de 10.04.2006). Incide, por isso, a Súmula 284/STF.

2. Violiação a dispositivos constitucionais.

Aponta o recorrente violação aos arts. 5º, XXXV, e 192 da CF/88. Todavia, a análise de pretensa ofensa a dispositivo constitucional refoge à competência desta Corte, a que a Carta Magna confia a missão de unificação do direito federal, nos exatos termos do art. 105, III, da CF/88. Em se tratando, portanto, de violação de normas constitucionais, o tema não há de ser analisado nesta sede recursal.

3. Capitalização de Juros

O Tribunal de origem afastou a capitalização mensal de juros com base na inconstitucionalidade da MP nº 1.963-17/00. Quanto a esta questão, usualmente debatida nos recursos especiais que versam sobre a capitalização de juros, encontra-se assente nesta Corte o entendimento de que o recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de caracterizar usurpação da competência do

STF. Neste sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

Impossibilidade da apreciação da constitucionalidade da MP nº 1.963-17/00 em recurso especial.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	AgRg nos EDcl no REsp 734.838/RS, j. em 18.10.2005	4ª Turma
Aldir Passarinho Junior	AgRg no REsp 900.411/DF, j. em 06.03.2007	4ª Turma
Nancy Andrighi	AgRg no REsp 999.829/RS, j. em 21.02.2008	3ª Turma
João Otávio de Noronha	AgRg no Ag 897.830/RS, j. em 20.11.2007	4ª Turma
Massami Uyeda	AgRg no Ag 668.746/RS, j. em 04.03.2007	4ª Turma
Sidnei Beneti	Ag 1.049.956/RJ, DJe de 28.08.2008	Unipessoal
Luis Felipe Salomão	-	-
Carlos Mathias	-	-

Portanto, não se conhece do recurso especial quanto ao ponto.

4. Disposições de ofício.

Nos termos do entendimento ora firmado, é inviável o exame de ofício de cláusulas consideradas abusivas em contratos que regulem relação de consumo. Portanto, devem ser decotadas as disposições de ofício julgadas pelo acórdão recorrido.

5. Juros remuneratórios.

O recurso especial deve ser provido no que diz respeito à limitação dos juros remuneratórios, pois, conforme reiteradamente afirmado por este Tribunal, a taxa de juros não é abusiva apenas porque supera o patamar de 12% ao ano ou o valor da taxa Selic. Vê-se, ademais, que as partes, em 28.12.2004, celebraram um contrato de empréstimo para financiamento da aquisição de veículo a pessoa física, com taxa de juros pré-fixada em

2,5654% ao mês, ou 35,5222% ao ano. As informações divulgadas pelo Banco Central do Brasil revelam que, à época, a taxa média praticada no mercado, para operações similares, era de 35,63% ao ano. Assim, não se vislumbra discrepância exacerbada entre a taxa contratada e aquilo que representava a média de mercado para o período, porquanto aquele é, inclusive, inferior a esta. Logo, os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese.

6. Configuração da Mora

Não tendo sido alterada a conclusão do acórdão recorrido quanto à capitalização dos juros, verifica-se a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual. Por esse motivo, resta descaracterizada a mora do devedor, não havendo que se falar em violação aos arts. 397 e 406 do CC/02 e 52, §1º, CDC.

7. Inscrição em cadastro de inadimplentes.

Afastada, na espécie, a mora do consumidor, é ilegal o envio de seus dados para quaisquer cadastros de inadimplência.

8. Manutenção na posse.

A questão relativa à manutenção na posse relaciona-se diretamente com aquilo que restou decidido quanto à configuração da mora. Como consolidado na Súmula 72/STJ, “*a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente*”. Confira-se, ainda, nesse sentido: AgRg no REsp 400.227/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 28.02.2005; AgRg no REsp 1.005.202/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 07.05.2008. Logo, afastada a mora da recorrida, não há como ser acolhido o pleito da instituição financeira de afastar a recorrida da posse do bem alienado fiduciariamente. Assim, não merece provimento o recurso especial também nesse ponto.

9. Protesto de Título.

Embora a jurisprudência desta 2^a Seção venha reconhecendo que “*o protesto do título representativo da dívida é procedimento legítimo e inerente à cobrança executiva, não podendo ser obstado em face de simples ajuizamento, pelo devedor, de ação revisional do contrato de empréstimo, salvo situação excepcional, sequer objeto de discussão no recurso especial*” (REsp 337.794 / SC, 4^a Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 15.04.2002), a hipótese vertente revela que foram cobrados encargos abusivos, durante o período de ‘normalidade’ (capitalização mensal), e que, com isso, afastou-se a mora. Dessa forma, sendo o protesto um procedimento que pressupõe a inadimplência, o acórdão recorrido deve, nesse ponto, ser mantido.

10. Depósitos.

Embora a recorrida tenha pleiteado e o Tribunal de origem tenha aceitado a realização de depósitos parciais, o recorrente vem sustentando que, nos termos do art. 890 do CPC, só é possível o depósito integral. Nesse aspecto, cumpre ressaltar que não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo aquilo que a parte entende devido. Isso, por si só, afasta a pretensão do recorrente. É bem verdade que a existência de depósito integral, ou não, pode ser relevante para a análise de uma série de questões legais. Como demonstrado, a vedação à inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplentes, em pedido de antecipação dos efeitos da tutela, exige, entre outros requisitos, o depósito apenas parcial. Veja-se, à guisa de exemplo, as seguintes situações em que esta Corte aceitou o depósito parcial: AgRg no REsp 827035/RS, 4^a Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 19/06/2006; REsp 448.602/SC, 4^a Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar DJ 17/02/2003. Incide, portanto, a Súmula 83/STJ.

11. Comissão de Permanência

11.1. Juízo de Admissibilidade.

A Segunda Seção, por maioria, deixou de conhecer do recurso especial quanto à comissão de permanência, por considerar o recurso

deficientemente fundamentado quanto à alínea “a” do permissivo constitucional e pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo analítico entre os julgados tidos como divergentes. Quanto a este aspecto, fiquei vencida juntamente com i. Desembargador Convocado Carlos Fernando Mathias, pois consideramos que o especial neste ponto poderia ser apreciado em razão da notoriedade do dissídio jurisprudencial, notadamente por se tratar de matéria repetitiva, objeto de questionamento em milhares de recursos que ingressam neste STJ. Apesar de o presente recurso não ter logrado êxito em preencher os requisitos de admissibilidade, deixo aqui consignados os fundamentos que tecí quanto à legalidade da cláusula que prevê a cobrança da comissão de permanência:

“1. Definição

Definir a comissão de permanência talvez seja uma das tarefas mais árduas do Direito Bancário. Este encargo foi instituído pela Resolução 15/66 do Conselho Monetário Nacional (CMN) e regulado pelas Circulares 77/67 e 82/67, ambas do Banco Central. Com efeito, há insegurança até quanto à sua definição, natureza jurídica e, principalmente, quanto aos componentes incorporados em seu cálculo. Trata-se de uma faculdade concedida às instituições financeiras para cobrar uma importância calculada sobre os dias de atraso, nas mesmas bases proporcionais de juros, encargos e comissões cobradas na operação primitiva. Em resumo, é um mecanismo utilizado para o banco compensar-se dos prejuízos decorrentes do inadimplemento. Com o surgimento da Lei 6.899/81, que possibilitou o direito à correção monetária a partir do vencimento do débito e, algum tempo depois, com a edição da Resolução 1.129/86 do CMN, as instituições financeiras ficaram expressamente autorizadas a cobrar a comissão de permanência de seus devedores por dia de atraso, além dos juros de mora. O Banco Central do Brasil, ao responder o convite para se manifestar neste incidente de processo repetitivo, afirmou,

expressamente, desconhecer os encargos que compõem a comissão de permanência: “Não é possível saber com antecedência os encargos que a instituição financeira deverá arcar para reequilibrar sua situação líquida após o atraso no pagamento, ante a existência de inúmeras variáveis (como a disponibilidade de crédito no mercado, os custos operacionais de cada instituição financeira, sua situação patrimonial, etc.), razão pela qual a permanência no inadimplemento gera diferentes encargos em cada contrato, a depender de suas especificidades e do momento em que o atraso no pagamento ocorre.” (grifo no original). A Federação Brasileira de Bancos - Febraban, também em resposta ao ofício de fls. 224, afirmou que os encargos moratórios (juros de mora e multa contratual) devem ser cumulados com a comissão de permanência, pleiteando a modificação da jurisprudência neste ponto. Em seguida, foi novamente oficiado à Febraban a respeito da definição deste encargo, seu modo de cálculo e componentes, bem como sobre as taxas cobradas por alguns dos maiores bancos brasileiros. Contudo, diante das respostas, como se verificará em tópico posterior, constatou-se que cada instituição financeira calcula a comissão de permanência de maneira particular e diferenciada das demais, o que dificulta sobremaneira qualquer categorização definitiva.

2. A evolução jurisprudencial da 2ª Seção.

Quatro são as principais controvérsias jurídicas a respeito da cobrança da comissão de permanência, a saber: (i) cumulação da comissão com a correção monetária; (ii) cumulação com os juros remuneratórios; (iii) cálculo da comissão pelas taxas contratuais ou pela taxa média de mercado; (iv) cumulação com os encargos moratórios (multa e juros de mora). As quatro controvérsias foram resolvidas da seguinte forma: (i) Impossibilidade de cumulação com a correção monetária, porque incorporada na própria comissão de permanência (Súmula 30/STJ); (ii) Impossibilidade de cumulação com os juros remuneratórios, porque a já citada Resolução 1.129/86 proibia a cobrança de “qualsquer outras

quantias compensatórias". Foi reconhecido o caráter múltiplo da comissão de permanência, que se prestava para atualizar, bem como para remunerar a moeda. O leading case é o REsp 271.214/RS, julgado pela 2ª Seção, Relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito; (iii) O cálculo da taxa, a título de comissão de permanência, pela média de mercado divulgada pelo Banco Central, não caracteriza potestatividade, pois a taxa média não é calculada pela instituição financeira, mas pelo mercado, sendo que a taxa pactuada pelas partes limita o teto da cobrança (Súmulas 294 e 296/STJ); (iv) A incidência da comissão de permanência leva necessariamente à exclusão de todos os outros encargos, tenham eles natureza remuneratória ou moratória (AgRg no REsp 706.368/RS, também pela 2ª Seção, de minha Relatoria, ainda no mesmo sentido o AgRg no REsp 712.801/RS, 2ª Seção, Relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito). Esclareceu-se, portanto, que a natureza da cláusula de comissão de permanência é tríplice: índice de remuneração do capital (juros remuneratórios), atualização da moeda (correção monetária) e compensação pelo inadimplemento (encargos moratórios). Assim, esse entendimento, que impede a cobrança cumulativa da comissão com os demais encargos, protege, como valor primordial, a proibição do bis in idem. Mais recentemente, o Ministro Ari Pargendler passou a adotar - em nome da transparência - posicionamento que explicita quais encargos podem ser cobrados sob a denominação 'comissão de permanência'. Confira-se: "A Segunda Seção, no julgamento do REsp nº 863.887, RS, consolidou o entendimento de que a comissão de permanência abrange três parcelas, a saber, os juros remuneratórios, à taxa média de mercado, nunca superiores àquela contratada para o empréstimo, os juros moratórios e a multa contratual; daí ser impossível a sua cobrança cumulada com juros de mora e multa contratual, sob pena de incorrer em bis in idem." (AgRg no REsp 986.508/RS, Terceira Turma, j. em 20.05.2008). Em outro precedente, julgado na mesma data pela Terceira Turma, o Min. Ari Pargendler chegou, inclusive, a classificar

de abusiva a comissão calculada em percentual muito acima do cobrado nos juros remuneratórios, não sem antes reforçar a natureza tríplice daquela: “Quer dizer, após o vencimento, a comissão de permanência visa manter, por meio dos juros remuneratórios, a base econômica do negócio, desestimular, mediante os juros de mora, a demora no cumprimento da obrigação e reprimir o inadimplemento pela aplicação da multa contratual.” (AgRg no REsp 1.016.657/RS, Terceira Turma, j. em 20.05.2008). Neste julgado, a cláusula que estipulava a comissão de permanência em 14,90% ao mês foi considerada manifestamente abusiva, uma vez que, no período da normalidade, os juros remuneratórios eram de 2,451% ao mês. No âmbito da Quarta Turma, também o Min. João Otávio de Noronha já seguiu tal orientação. Confira-se: “PROCESSO CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. REVISIONAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. 1. A partir do vencimento do mútuo bancário, o devedor responderá exclusivamente pela comissão de permanência (assim entendida como os juros remuneratórios, à taxa média de mercado, acrescidos de juros moratórios e multa contratual) sem cumulação com a correção monetária (Súmula nº 30, STJ). 2. Agravo regimental provido.” (AgRg no REsp 930.807/RS, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 23.09.2008). Da jurisprudência consolidada, duas orientações surgiram: (i) É possível a cobrança da comissão de permanência, desde que não cumulada com nenhum outro encargo moratório ou remuneratório. Prevista a cobrança da comissão de permanência cumulada com outro encargo, este deve ser afastado, mantendo-se somente aquela.

Orientação 1 - Manutenção isolada da comissão de permanência e afastamento de outros encargos.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Fernando Gonçalves	AgRg no REsp 1.020.737/RS, j. em 24.06.2008	4ª Turma

Orientação 1 - Manutenção isolada da comissão de permanência e afastamento de outros encargos.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Nancy Andrichi	AgRg no REsp 1.057.319/MS, j. em 19.08.2008	3ª Turma
João Otávio de Noronha	AgRg no Ag 961.275/SP, j. em 06.03.2008	4ª Turma
Massami Uyeda	AgRg no REsp 1.056.827/RS, j. em 07.08.2008	3ª Turma
Sidnei Beneti	EDcl no AgRg no REsp 1.014.434/MS, j. em 19.08.2008	3ª Turma
Carlos Mathias		
Ari Pargendler	AgRg no REsp 1.016.657/RS, j. em 20.05.2008	3ª Turma
Carlos A. Menezes Direito	REsp 821.357/RS, j. em 23.08.2007	3ª Turma
Hélio Quaglia Barbosa	AgRg no REsp 986.179/RS, j. em 27.11.2007	4ª Turma
Humberto Gomes de Barros	AgRg no REsp 896.269/RS, j. em 06.12.2007	3ª Turma

(ii) Se o acórdão recorrido permitiu a cobrança de qualquer outro encargo, afasta-se a cobrança da comissão de permanência, mantendo os demais encargos. Este entendimento é defendido pelos Ministros Aldir Passarinho Junior e Luis Felipe Salomão:

Orientação 2 - Afastamento da comissão de permanência e manutenção dos outros encargos.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Aldir Passarinho Junior	AgRg no REsp 990.830/RS, j. em 24.06.2008	4ª Turma

Orientação 2 – Afastamento da comissão de permanência e manutenção dos outros encargos.		
Ministro Relator	Julgado	Órgão
Luis Felipe Salomão	AgRg no Resp 920.180/RS, j. em 26.08.2008	4ª Turma

3. Da Ilegalidade da Comissão de Permanência.

A jurisprudência atual da 2ª Seção está pacificada no sentido de admitir a cobrança da comissão de permanência, desde que não cumulada com nenhum outro encargo – moratório ou compensatório – e calculada à taxa média do mercado, limitada às taxas contratuais. A resposta aos ofícios encaminhados à Febraban revelou dados novos que não podem passar despercebidos e que merecem ser considerados na elaboração deste voto. Os bancos, ao responderem às indagações da Febraban acerca da composição da comissão de permanência, solicitaram, por questões comerciais e concorrenciais, que esta julgadora mantivesse sigilo de suas informações, o que será respeitado. Isto não impede, porém, que alguns desses dados sejam utilizados, de forma impessoal e genérica, na elaboração deste voto. As enormes variações constatadas das respostas ao ofício, demonstram que cada banco trata da cláusula de comissão de permanência de maneira particular e diferenciada, o que impossibilita o conhecimento pelo consumidor daquilo que está pagando, além de inviabilizar a comparação dos custos da inadimplência face aos outros bancos. Vejam-se os seguintes dados: (i) Um dos bancos cobrou, para abertura de crédito, em setembro de 2007, acima de 16% ao mês nos dois primeiros meses, e em torno de 5,50% após, em ambos os casos acrescido de 1% ao mês a título de juros de mora; (ii) Em outro banco, a tendência é que a comissão se aproxime muito das taxas de juros, encontrando-se ao redor de 0,5% ao dia; (iii) Outro banco comunicou serem vários os componentes formadores do encargo,

como os custos com a captação de recursos, os impostos, o risco de inadimplência e o chamado custo de administração, que envolve gastos com pessoal, operacional, de instalações e equipamentos. Para este banco, a comissão foi de 12% ao mês para as diversas modalidades de operação de crédito; (iv) Outro banco informou que, nos últimos doze meses, a comissão de permanência variou entre, aproximadamente, 4,70% e 6,30% ao mês; (v) Na resposta mais esclarecedora, um banco afirmou que compõem a sua comissão de permanência, entre outros, os seguintes itens: "custas com despesas jurídicas pela ação de cobrança" e "custo operacional pela ativação da cobrança (...) Escritórios de Cobrança e Escritórios de Advocacia". Aqui, a comissão variou entre 6,5% até quase 20% ao mês. Acrescente-se, por fim, a palavra da Febraban, entidade representativa dos bancos, que, textualmente, assevera: "Em outras palavras, é impossível apontar critérios uniformes de cálculo da comissão de permanência para todas as instituições, dado que esse cálculo se baseia em diferentes peculiaridades." (grifei). Como se depreende de tais informações, a incidência da cláusula de comissão de permanência, tal como ocorre nos dias atuais, viola uma série de princípios e direitos previstos no CDC. Numa listagem meramente exemplificativa, são afrontados o princípio da transparência (art. 4º, caput); o princípio da boa-fé e equilíbrio entre os contratantes (art. 4º, III); o direito à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços (art. 6º, III); além das regras específicas para a outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, previstas nos incisos do art. 52 do CDC (informação prévia e adequada sobre o preço do produto, o montante dos juros e os acréscimos legais). Tais princípios são essenciais na sistemática do CDC, como anota a doutrina em diversas oportunidades:

(i) Sobre a boa-fé e a transparência:

“Poderíamos afirmar genericamente que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC; neste trabalho, porém, estamos destacando igualmente o princípio da transparência (art. 4º, caput), o qual não deixa de ser um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais.” (Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, in *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, RT, São Paulo, 2003, pág. 124)

(ii) *Sobre o direito à informação:*

“Trata-se, repita-se, do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles.” (Ada Pellegrini Grinover e outros, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004*, pág. 138). Assim, se está diante de uma situação de total indefinição sobre os encargos que integram a comissão de permanência e de suas taxas, situação que se agrava, inclusive, pelo inusitado pedido de sigilo formulado pelos bancos. Exsurge gritante a ausência de informação transparente e precisa ao consumidor, bem como a potestatividade da sua cobrança. Logo, deve ser definitivamente excluída a cláusula de comissão de permanência, mesmo quando expressamente pactuada, permitindo-se aos bancos-credores, para o período de inadimplência, a cobrança especificada dos seguintes encargos, numericamente individualizados: (i) juros remuneratórios, limitados pela taxa pactuada ou calculados à taxa média de mercado; (ii) juros moratórios, de acordo com a lei aplicável; (iii) multa moratória de 2%, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC; e (iv) correção monetária, se for a hipótese.”

12. Dispositivo

Forte em tais razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do Recurso Especial

e, nesta parte, DOU-LHE PROVIMENTO para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, na forma como pactuados na espécie, e afastar as disposições de ofício realizadas pelo Tribunal de origem. Em razão da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, mantendo quanto a estes o valor fixado no acórdão recorrido, que serão reciprocamente distribuídos e suportados na proporção de 80% pelo recorrente e de 20% pela recorrida, e devidamente compensados, conforme a Súmula 306/STJ. Suspensa a exigibilidade, em relação à recorrida, enquanto perdurarem os efeitos da concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

VOTO

(proferido oralmente na sessão)

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

a) Sustentação oral pela Febraban e pelo Idec

Senhor Presidente, se não estou enganado, a votação em questão de ordem começa pelo mais antigo, mas já posso proferir meu voto. Indefiro. Com relação a este processo, a lei é taxativa: aqueles que não são partes podem se manifestar; todavia, hão de manifestar-se por escrito. Trata o caso de mais um recurso especial, apenas julgado pela técnica ou metodologia do instituto denominado “recurso repetitivo”. A lei permite ao relator ouvir terceiros interessados, vale dizer, pessoas que, embora não se submetam à eficácia da coisa julgada que derivará do acórdão no caso concreto, têm legítimo interesse na defesa da tese apreciada, tendo em vista a repercussão que dela se extrairá para futuros julgamentos de outros recursos. No caso, os terceiros interessados foram ouvidos e se manifestaram por escrito. Portanto, penso que, para manter a boa ordem,

deve-se cumprir o que ficou estabelecido nesta Seção em julgamento anterior: a sustentação oral deverá ficar reservada apenas para as partes.

b) Mérito

I

Sr. Presidente, Srs. Ministros, Srs. advogados, inicialmente, parabenizo os advogados que ocuparam a tribuna: Dr. Luciano, pela parte recorrente; Dra. Cláudia Lima, grande especialista em Direito do Consumidor; Dr. Marcos Cavalcante, grande especialista na matéria de Direito Bancário; e Dr. Valter Moura, do Idec. Todos prestaram, da tribuna, proveitosos esclarecimentos. Entendo ser importante elucidar que esta Corte, no presente julgamento, não tem por propósito questionar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações de Direito Bancário. Ao contrário, temos tal questão como resolvida em caráter definitivo, razão por que este Sodalício editou a Súmula n. 297. Tenho que reconhecer, outrossim, que, no caso em espécie, não fomos felizes na escolha do processo tipo, ou seja, aquele afetado a julgamento da Seção nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil. Com efeito, dois temas importantes não poderão ser analisados – quais sejam, capitalização de juros e comissão de permanência –, pois, diante das peculiaridades do caso em concreto, afigura-se impossível transpor a fase do conhecimento para analisar tais questões, que integram o núcleo do mérito recursal. O que restou então para ser analisado? As teses relativas: a) às “disposições de ofício”; b) ao limite dos juros remuneratórios; c) à configuração da mora – e, nesse ponto, parece-me termos um problema de ordem técnica –; e d) à inscrição do nome do devedor no cadastro de inadimplentes. Manifesto-me, primeiramente, sobre a capitalização de juros. Entendo que a capitalização de juros é matéria que não ultrapassa a fase de conhecimento – e peço vênia à Sra. Ministra Relatora para divergir no que tange aos fundamentos, porquanto, embora o acórdão tenha enfrentado explicitamente a questão, fê-lo sob a vertente constitucional. Confira-se: “No que respeita à Medida

Provisória nº 2.070, não é aplicável, pelo fato de não atender aos requisitos da relevância e urgência estabelecidas no art. 62 da Constituição Federal; por isso, é inconstitucional, dependendo de processo legislativo ordinário para a sua aplicação. Tanto é assim que a eficácia do art. 5º foi suspensa em 3 de abril de 2002, por decisão do Ministro Sidney Sanches.” Observa-se, portanto, com uma leitura mais atenta do acórdão recorrido, que há enfrentamento da questão, mormente porque pressupõe contratada a capitalização de juros. A minha divergência, contudo, está em que o recurso não pode ser conhecido porque o enfrentamento da questão deu-se com base em fundamento constitucional, ou seja, o acórdão está respaldado em norma constitucional; tanto é que o recorrente também aviou recurso extraordinário – inclusive causou-me perplexidade o fato de esse recurso não ter sido admitido na origem, tendo em vista o prequestionamento explícito da norma constitucional. Portanto, a questão da capitalização dos juros, no caso, ainda está em aberto, pendente de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. Aqui, vejo algo mais grave, que, aliás, passou desapercebido pelo recorrente e por todos que, no Tribunal de origem, participaram do julgamento. O Tribunal, na realidade, ao afastar a constitucionalidade da norma, fê-lo em julgamento em sede de órgão fracionário, violando, sem sombra de dúvida, o princípio da reserva de plenário, visto que somente o Órgão Especial do Tribunal do Rio Grande do Sul poderia aferir a inconstitucionalidade da norma, nos termos do art. 97 da Constituição Federal e dos artigos 481 e 482, ambos do CPC. Esta Corte teria condições de conhecer da matéria se, no recurso especial, a questão da violação dos artigos 481 e 482 do CPC tivesse sido agitada no acórdão recorrido. Como não foi, entendo que não temos como enfrentá-la, uma vez que matérias que não foram prequestionadas não podem ser apreciadas por este Tribunal ante a incidência das Sumulas ns. 282 e 356 do Colendo STF. Entretanto, se a capitalização de juros encontra-se pendente de apreciação – porque

aviado recurso extraordinário – surge outra questão: a mora está, então, descaracterizada? No caso em julgamento, ainda não. Com efeito, é certo que a mora só poderá ser considerada descaracterizada caso o Supremo Tribunal acolha a tese de constitucionalidade da capitalização mensal dos juros – ressalto, matéria ainda submetida à apreciação da excelsa Corte em vista do ajuizamento pelo ora recorrente de recurso extraordinário. Assim, entendo que, enquanto pender a apreciação da tese no Supremo Tribunal, não temos como analisar a abusividade dos encargos contratados de modo a descharacterizar a mora. Isso porque o recurso extraordinário, no caso em espécie, é prejudicial ao julgamento do recurso especial. Essa questão a Sra. Ministra Relatora não enfrentou, até porque S. Exa. diz, em seu voto, quando trata da capitalização de juros, à fl. 10, que: “Os encargos abusivos que possuem potencial para descharacterizar a mora são, portanto, aqueles relativos ao chamado ‘período de normalidade’, ou seja, aqueles encargos que, naturalmente, incidem, antes mesmo de configurada a mora.” Ainda que ultrapassada essa questão, penso que temos um incidente de prejudicialidade, que importaria na suspensão do próprio julgamento do recurso especial para apreciação primeiro do recurso extraordinário. Só aqui na Seção, lendo o voto da Ministra Nancy Andrighi, é que constatei esse fato. Aliás, tal questão nem sequer foi mencionada nos memoriais que me foram entregues pelas partes ou pelos terceiros interessados. Se suplantada a questão, enfrento os demais argumentos.

Quanto à comissão de permanência, também não conheço do recurso, visto que não foi demonstrada analiticamente a divergência, bem como não foi apontado nenhum dispositivo de lei violado. A mera citação de súmula e de paradigmas não dispensa a demonstração analítica da divergência como, reiteradamente, entende a jurisprudência desta Corte. Seguirei a ordem da eminentíssima Relatora. No que tange aos juros de mora, a eminentíssima Relatora manteve a posição já consolidada deste Sodalício, no sentido de

ser permitido até o limite da taxa de 1% (um por cento) ao mês, com o que estou de pleno acordo. Quanto ao cadastro de inadimplência, também estou de pleno acordo com a Sra. Ministra Relatora, inclusive no que tange ao pedido de antecipação de tutela, porquanto o seu voto está em consonância com a reiterada jurisprudência da Segunda Seção deste Tribunal. Juros remuneratórios: nesse ponto, peço vénia para divergir. É evidente que, em se tratando de juros remuneratórios, há de ser apreciada a questão da abusividade das taxas; não tenho dúvida quanto a isso. Tal análise, contudo, há de ser feita caso a caso. *Data vénia*, não vejo como pode esta Corte tarifar ou tabelar tal encargo financeiro como forma de estabelecer um paradigma para o diagnóstico da abusividade da taxa contratada. E por que me posiciono contra o tarifamento ou tabelamento dos juros? A um, porque essa não é uma atribuição que nos é dada pela Constituição Federal. A dois, porque entendo que decisão dessa natureza acaba por penalizar ou prejudicar aquele que a lei quer proteger, ou seja, o consumidor. Os agentes econômicos têm inteligência e instrumentos suficientes para contornarem um eventual (e absurdo) tabelamento judicial dos juros. Em caso tal, a primeira consequência seria um aumento radical das taxas cobradas como forma de elevar a “taxa média de mercado”, o que encareceria sobremaneira o custo da moeda para os tomadores, mormente para aqueles com menor potencial negocial, como os consumidores. Por isso, hei de divergir da proposta da eminentíssima relatora de que esta Corte estabeleça um teto correspondente ao dobro da taxa média como sendo os juros razoáveis. Vale dizer, haveria o Judiciário de reconhecer como abusivos os encargos financeiros quando a taxa pactuada ultrapassasse o dobro da média da taxa de juros praticada pelo mercado financeiro. A meu sentir, melhor será aferir a abusividade diante do caso concreto, tendo em conta a realidade econômica vigente em determinado local e tempo. Confio que, nas instâncias ordinárias, os julgadores saberão, caso a caso, diagnosticar se está ou não configurada a chamada abusividade

dos encargos cobrados para daí, então, descaracterizar ou não a mora. Há outro detalhe: Sua excelência Ministra Nancy Andrighi, embora estipule o dobro, sustenta que é permitido à instituição financeira provar que, com relação àquele cliente, os riscos oferecidos são maiores. Tenho como correta tal afirmativa, pois, na estipulação da taxa de juros, segundo a boa técnica bancária, o banco há de levar em conta não apenas os riscos macroeconômico e setorial, mas também o risco do cliente. Todavia, surge outro problema: admitida essa possibilidade, que me parece extremamente razoável, inviabilizada encontra-se a tese que permite ao juiz, de ofício, conhecer da abusividade dos encargos, visto que, ante a falta de alegação do devedor, o que torna a questão incontroversa, nem sequer seria possível oferecer à instituição financeira a oportunidade de desincumbir-se do mister de demonstrar e provar que a elevação da taxa de juros, no caso concreto, decorreria do elevado risco-cliente. No caso em julgamento, pedindo novamente vênia à ilustre Relatora, entendo que não está configurada a abusividade dos juros pactuados, porquanto a taxa estipulada é inferior à taxa média de mercado vigente à época da celebração do contrato. Também, como afirmei, não há de ser estipulada nenhuma tarifação, nenhum limite, visto que a abusividade dos encargos há de ser aferida nas instâncias ordinárias, diante do caso concreto.

II

Não, Excelência. Mantenho a taxa média de mercado, mas não estipulo o seu dobro como teto ou mesmo estabeleço qualquer outro limite. O parâmetro da razoabilidade dos encargos pactuados deve ser aferido pelo Juiz diante do caso concreto, que poderá concluir pelo dobro, pelo triplo ou por outro critério que seja inclusive inferior ao teto que V. Exa. propõe. Até digo que, quando ficar estabelecido o dobro, a instituição financeira penderá por contratar sempre por uma taxa que, embora inferior, seja mais próxima desse teto. Entendo que, às vezes, considerando determinada situação da economia e do cliente, uma vez e meia a taxa média poderá

caracterizar preço excessivo da moeda. Reafirmo: é melhor que o juiz, caso a caso, mediante demonstração cabal da situação, tendo em conta a realidade econômica subjacente ao contrato e às provas dos autos, decida, justificadamente, se há ou não onerosidade da taxa contratada. Lamento que, no Brasil, discuta-se a abusividade das cláusulas contratuais apenas com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, o instituto da onerosidade excessiva tem aptidão para se configurar em qualquer tipo de relação contratual, pouco importando a sede legislativa em que as partes estribam seus fundamentos. No Código Civil atual, existe a figura da lesão, que anteriormente achava-se consagrada por força doutrinária e jurisprudencial. Na verdade, quando julgamos o recurso especial pela técnica do procedimento repetitivo de que trata o art. 543-C do Código de Processo Civil, considerando a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, primeiramente sufragamos o entendimento da “tese jurídica” para depois aplicarmos o entendimento ao caso em concreto. Mas no caso, não vejo como assim proceder, visto que o recurso em questão não ultrapassa a fase do conhecimento ante a ausência do prequestionamento da tese ora debatida.

III

Agora, manifesto meu posicionamento a respeito da revisão de ofício das cláusulas contratuais nas instâncias ordinárias. Aqui, novamente, peço vénia a Exma. Ministra Nancy Andrighi, pois, neste ponto, temos como caracterizada entre nós uma profunda divergência de cunho até ideológico, certamente em razão de nossas origens. Sua Excelência desenvolveu toda a sua vida profissional, de forma brilhante, na magistratura, enquanto eu finco minhas raízes no exercício por mais de duas décadas na advocacia para só depois ingressar, como magistrado, neste Colendo Tribunal, do que, aliás, muito me orgulho. Sempre entendi que não cabe ao juiz distanciar-se de sua neutralidade na condução do processo; não deve ele advogar no sentido de defender interesse algum no processo. Se lhe é

dado examinar amplamente as provas e até tomar a iniciativa de inverter o seu ônus de produção, isso não pode nos levar à conclusão de que o juiz protege o hipossuficiente. Não, o juiz não protege ninguém, é a lei que, na forma por ela taxativamente prevista, protege o hipossuficiente nas relações de consumo, mas nunca o juiz. A este cabe a tarefa de, diante do caso concreto, subsumir os fatos a norma e, mediante um juízo de valor, formular a regra jurídica aplicável ao caso. Na atualidade, para a defesa dos hipossuficientes, a Constituição Federal instituiu as defensorias públicas. Aliás, a jurisprudência desta Sessão pacificou-se no sentido de não ser admissível a revisão de ofício das cláusulas contratuais para taxá-las de onerosas. Repiso a indagação: Como o juiz poderá saber se há abusividade ou não diante do caso concreto se a própria parte não a alegou? E mais: até para ser coerente com o que sustentei – acerca da impossibilidade de ser estabelecido um teto –, como admitir possa o juiz, de ofício, promover o decote dos encargos financeiros pactuados sem que seja oferecida à outra parte – o banco – a oportunidade de provar que, no caso concreto, a taxa pactuada fora fixada tendo em conta as condições imperantes no mercado e segundo a boa técnica bancária, não caracterizando, portanto, abusividade? Ademais, é bom que se diga que nem sempre será do agente financeiro o ônus da prova da não-caracterização da abusividade, porquanto existem hipóteses em que a inversão do ônus da prova não deve ser deferida, como, por exemplo, quando a parte litigante for pessoa jurídica que não se enquadra na relação de consumo ou quando não caracterizada a hipossuficiência daquele que litiga com a instituição financeira. Reitero minhas vêniás para discordar também de um dos fundamentos invocados pela eminente Relatora, qual seja, o da alteração legislativa, que, a meu ver, diz respeito apenas às regras de competência, não se referindo à possibilidade de conhecimento e decote de ofício das cláusulas contratuais relativas aos encargos financeiros. Oportuno lembrar que, na espécie, estamos tratando de

direitos disponíveis e não se pode olvidar que a parte, de regra, sabe o que pode e o que não pode contratar e honrar. Considero estranha à discussão estabelecida no presente caso a questão relativa ao dever de informação da instituição financeira, ora ventilada pela eminente Relatora. Assim, peço vênia a Exma. Ministra Relatora, mas não vejo razão que justifique que esta Corte altere o entendimento jurisprudencial cristalizado ao longo de vários anos de julgamento. Rejeito também porque, durante esses seis anos de Tribunal, constatei que o consumidor tem sido muito bem defendido no Judiciário. A meu ver, o micro sistema legislativo que regula as relações de consumo - segundo diz a eminente Dra. Cláudia Lima Marques - vem atingindo alto grau de eficácia, conforme se infere do exame dos acórdãos deste Tribunal. Aliás, a jurisprudência edificada nesta Corte a respeito do tema não se consolidou por obra do acaso. Ao contrário, é fruto direto do hercúleo trabalho desenvolvido pelos advogados contratados por diversos organismos de proteção do consumidor, como por exemplo, o Idec. Assim, afigura-se inegável que a estrutura protetiva das relações de consumo não está exigindo que o juiz perca sua neutralidade no processo; por isso, entendo não deva ele atuar substituindo ou dispensando a manifestação da parte indigitada como hipossuficiente na defesa de seus interesses. Assim, com as ressalvas aqui colocadas quanto a) ao conhecimento de ofício; b) ao fundamento da questão acerca da capitalização mensal dos juros; e c) ao estabelecimento de um teto - que a Sra. Ministra Relatora indicou como sendo o dobro da taxa média de mercado - para aferição da abusividade da taxa de juros contratada, acompanho, no mais, o brilhante, didático e claro voto da Sra. Ministra Fátima Nancy Andrichi. Conheço parcialmente do recurso especial e dou-lhe provimento em maior extensão do que aquele dado pela Relatora. Fica pendente a questão da prejudicialidade relativa à questão da capitalização de juros, tese que tem relação com a descaracterização da mora.

c) Correção do resultado após esclarecimentos

Sr. Presidente, dou provimento ao recurso especial neste ponto; dou provimento ao recurso especial quanto aos juros remuneratórios, porque a Sra. Ministra Relatora também o proveu; entendo que, quanto à configuração da mora, temos uma questão de prejudicialidade para ser resolvida. Penso que deveríamos primeiro apreciar essa questão. Quanto à inscrição no cadastro de inadimplemento, estou acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora. Conheço parcialmente do recurso especial, porque dele não conheço com relação à comissão de permanência, e dou-lhe provimento em maior extensão que a Sra. Ministra Relatora.

d) Esclarecimentos do Ministro João Otávio para a Ministra Nancy Andrichi, no sentido de divergir dos fundamentos de seu voto quanto à estipulação de um teto para aferir sobre a abusividade da taxa de juros

I

Quanto aos percentuais, acompanho o voto de V. Exa., Sra. Ministra Nancy Andrichi. Não há abusividade. Mas, como V. Exa. avança em seus fundamentos, e o acórdão deste julgamento certamente será considerado como paradigma nas instâncias ordinárias, reafirmo que não concordo com o estabelecimento de um teto ou limite como forma de balizar a aferição da abusividade dos encargos financeiros. Reafirmo: esta aferição deverá ser feita pelo juiz caso a caso.

II

Acredito até que essa questão não é objeto de discussão, mas V. Exa. sobre ela tece considerações em seu voto. Entendo que, mesmo que inserido no seu voto como *obter dictum*, algum operador do direito, menos atento, poderá pleitear a aplicação do limite proposto por V. Exa. Daí o cuidado que devemos ter para que questão não efetivamente apreciada por esta Corte possa ser tomada como se decidida o fosse por ela.

III

Minha preocupação reside - Exma. Ministra Nancy Andrichi - no cuidado que devemos ter com o efetivo entendimento do que aqui restou

decidido. Suponhamos que V. Exa. seja autora do voto vencedor e, por isso, lavre o acórdão. Se do seu voto constar esse fundamento – com o qual não concordamos –, esse entendimento poderá pautar a conduta dos julgamentos nas instâncias originárias, quando, na realidade, a Corte sobre essa questão jurídica definitivamente ainda não se manifestou. Ademais, não há sequer um precedente desta Seção que fixe qualquer limite ou parâmetro para caracterização da abusividade da taxa de juros.

IV

Estou apenas mostrando a consequência. De modo algum ataquei o posicionamento de V. Exa.; pelo contrário, o debate está no mais alto nível e nossa intenção aqui é estabelecer regras claras que possam orientar os juízes deste país quando do julgamento de causas fundamentadas em tese idêntica a esta que estamos apreciando.

e) Esclarecimentos do Ministro João Otávio após o voto do Ministro Sidnei Beneti

I

Com relação à prejudicialidade, chamei a atenção para o fato de o Tribunal ter reconhecido a inconstitucionalidade de norma federal por órgão fracionário, isto é, sem observância do princípio da reserva de plenário. A parte interpôs recurso extraordinário, que se encontra pendente de apreciação pelo STF. Esse recurso não foi suspenso pelo Excelso Pretório, em que pese o processamento da ADIn que tem por objeto a mesma matéria.

II

Não, Sr. Ministro Sidnei Beneti, o art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil dispensa o órgão fracionário de submeter ao órgão pleno a argüição de inconstitucionalidade quando esta já o fora declarada pelo próprio órgão pleno ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. No caso, nenhuma das hipóteses ocorreu.

f) Esclarecimentos do Ministro João Otávio à Ministra Nancy Andrighi

Afirmei o seguinte: divirjo de V. Exa. na aplicação da Súmula n. 7, já que o Tribunal enfrentou expressamente a questão da capitalização, dizendo que a afastava porque a Medida Provisória n. 2.170 é inconstitucional. Vale dizer, afastou a eficácia da norma por inconstitucionalidade sem suscitar o incidente de que tratam os artigos ns. 480 a 482 do Código de Processo Civil - incidente de inconstitucionalidade. Por isso, não incide a Súmula n. 5 nem a Súmula n. 7. O Tribunal claramente enfrentou a tese da inconstitucionalidade. A matéria encontra-se explicitamente prequestionada. O proceder do Tribunal de Justiça é que me parece, data venia, equivocado. Concluindo pela inconstitucionalidade, caberia a ele suscitar o incidente de inconstitucionalidade na forma preconizada pela Constituição e pelo CPC. Todavia, não o fez. Nada obstante, a parte não ventilou a nulidade do julgamento no recurso especial nem no recurso extraordinário. A questão, assim, restou preclusa. Destarte, a questão relativa à reserva de plenário, no presente caso, encontra-se sepultada. Avanço: se se quer descharacterizar a mora por causa da capitalização, porque vingou, no Tribunal *a quo*, a tese de que a capitalização é inconstitucional, e se a questão da capitalização continua aberta porque não transitada em julgado na medida em que tal fundamento do acórdão recorrido restou impugnado por meio do recurso extraordinário, apesar de o TJ ter-lhe negado seguimento (fato que me parece absurdo, pois é a típica hipótese de prequestionamento explícito), a parte teve o cuidado de interpor recurso de agravo de instrumento, cujo julgamento encontra-se pendente. Portanto, não está transitada em julgado a questão da capitalização. É esse o fundamento.

g) Esclarecimentos do Ministro João Otávio após elucidação da Ministra Nancy Andrighi de que não considerou a mora caracterizada

I

Ora, se a mora não restou descharacterizada, então não ocorrerá a prejudicialidade, uma vez que, na hipótese de provimento do recurso extraordinário interposto, o STF decidirá de modo definitivo a questão da constitucionalidade ou não da capitalização dos juros.

II

Sra. Ministra Nancy Andrighi, V. Exa. disse, com todas as letras, que a mora, no caso, não está descharacterizada. O erro foi meu. Assim, estou apenas dissentindo no que tange ao fundamento relativo à estipulação do teto dos juros remuneratórios e à disposição de ofício.

RETOMADA DO JULGAMENTO

a) Sobre o pedido de suspensão formulado pelo Ministério Público em razão da ADIN n. 2.316-DF

Sr. Presidente, entendo que esteja prejudicado o pedido, mas voto de acordo com a Sra. Ministra Relatora.

b) Comissão de permanência/ manutenção de posse/ cláusula-mandato/ protesto do título/ repetição de indébito, que não fazem parte das teses de uniformização, pois referem-se ao caso concreto

I

Não conhecemos do recurso quanto à comissão de permanência, porque não havia demonstração analítica no que tange à alínea c. Então, V. Exa. está mudando o voto?

II

Estou afirmando que V. Exa. está mudando o voto e pedirei vista para examinar.

O que é comissão de permanência? São os encargos moratórios, isto é, cobrados após o vencimento da obrigação. O que tínhamos de fazer seria fixá-los. A jurisprudência evoluiu para entender que a comissão

de permanência é composta das seguintes parcelas: a) juros segundo a taxa média de mercado; b) multa moratória de até 2% na forma do CDC: e c) juros de mora fixado em até 1% ao mês. Cabe-nos a missão de deixar claro aos juridicionados qual o entendimento deste Tribunal sobre o conteúdo da denominada cláusula “comissão de permanência”. Aliás, esta Seção já o fez. Aqui estamos apenas precisando e reiterando o seu conceito. Comissão de permanência é, portanto, o somatório dos encargos que incidem no período do inadimplemento da obrigação, ou seja, após o vencimento da dívida. Destarte, o devedor que honra pontualmente com suas obrigações a esse encargo não estará submetido. Com base nisso, não há como prosperar, *data vénia*, o entendimento de que eventual abusividade na estipulação dos encargos que integram a cláusula “comissão de permanência” teria o condão de descaracterizar a mora. Ora, não se pode olvidar que a cláusula “comissão de permanência” só adquire eficácia quando a mora já estiver caracterizada. Reportando-me ao princípio da boa-fé objetiva – que deve ser aplicado à relação contratual de forma a incidir em ambos os lados da relação negocial – na hipótese, especificamente com relação ao deferimento da busca e apreensão do bem em face do inadimplemento contratual, entendo que não se deve permitir que o devedor que contratou e adquiriu o bem com o produto do financiamento permaneça na posse do referido bem quando apenas honrou uma única ou poucas prestações, só pelo fato de ter ele ajuizado ação revisional. Não é esse o comportamento que se espera de um homem probo. Registro que tenho, no meu gabinete, inúmeros processos nos quais se verifica a seguinte situação: paga-se uma ou duas parcelas do financiamento e ajuíza-se a ação revisional sob alegação de que cláusula de comissão de permanência é abusiva. Não se paga mais nada, e, ainda assim, há decisões judiciais determinando que o bem (normalmente um carro) deve ficar na posse do devedor inadimplente. É lógico que tais

decisões, longe de aplicarem o princípio da boa-fé objetiva, acabam por violá-lo. Sr. Presidente, eventual excesso dos encargos financeiros integrantes da cláusula “comissão de permanência” deve levar o juiz simplesmente a decotá-los, ajustando o seu conteúdo àquele admitido pela jurisprudência consolidada deste Sodalício. Destarte, temos que nos pautar por aquele entendimento que respeite e privilegie a conduta dos contratantes em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, não tolerando abusividade na cobrança dos encargos de mora e não permitindo a proliferação de condutas abusivas do devedor, evitando-se ao mesmo tempo o crescente inadimplemento no tráfico comercial, situação que prejudica a todos, mormente os adimplentes, que sofrem as consequências na medida em que a elevação do risco importa no aumento dos encargos financeiros. Cabe-nos zelar pelo prestígio do princípio da segurança jurídica a bem de todos.

III

Sra. Ministra Nancy Andrighi, um aparte, por favor. É importante. A mora não foi descaracterizada por V. Exa. na semana passada. Entendi que estava sendo descaracterizada e errei ao propor o incidente de prejudicialidade. Mas, hoje, V. Exa. está voltando a descaracterizar a mora pela cláusula de comissão de permanência ou não entendi nada do voto de V. Exa.

c) Manifestação do Ministro João Otávio de Noronha após os esclarecimentos da Ministra Nancy Andrighi de que não estava decidindo acerca da mora, mas apenas retirando a eficácia da cláusula que prevê a comissão de permanência

I

Entendo que essa posição de V. Exa. prejudica o consumidor, porque a jurisprudência evoluiu em benefício dele ao estabelecer que a taxa de juros integrante da comissão de permanência - refiro-me aos juros remuneratórios - será calculada segundo a taxa média de mercado. Qual

a grande vantagem para o consumidor?

II

Sra. Ministra Nancy Andrighi, V. Exa. também não está entendendo o que estou afirmando. A comissão de permanência, ou seja, os encargos que incidem após a mora – segundo o entendimento de nossa jurisprudência –, na verdade, beneficia o consumidor quando a taxa de juros que a integra oscila segundo a taxa média de juros de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil. Isso é evidente, pois, na hipótese de queda dessa taxa, o consumidor sai beneficiado sem que isso altere o equilíbrio financeiro do contrato.

d) Após a proposta de se votar a preliminar de conhecimento sobre a questão da comissão de permanência

I

Sr. Presidente, li o voto novamente e verifico que o dissídio efetivamente não restou demonstrado. Tenho que a matéria é relevante, mas, ainda assim, no caso concreto, não vejo como ultrapassar o conhecimento do recurso. Bom seria que o critério reitor do juízo de admissibilidade fosse o da relevância da tese jurídica, o que faria preponderar sempre o interesse geral sobre o particular. Aliás, é a posição que defendo minoritariamente nesta Corte. Mas, infelizmente não é o entendimento da maioria dos Ministros que integram este Tribunal. No caso vertente, como já dito, não tendo o recorrente se desincumbido de demonstrar o dissídio jurisprudencial, não vejo como conhecer do recurso nesse ponto.

II

Sr. Presidente, não conheço do recurso especial pelas alíneas a e c.

e) Esclarecimentos sobre o teto - parâmetro para aferir abusividade da taxa de juros

I

Sr. Presidente entendo que a fixação de um teto referencial igual a duas vezes a taxa média de juros do mercado para caracterização da

abusividade, *data vénia*, não se mostra conveniente para o próprio consumidor. É sabido que o custo do dinheiro varia segundo o tempo, o espaço geográfico, as condições da macroeconomia e outras variáveis. Melhor deixar que tal aferição, ou seja, a da abusividade, fique entregue ao juiz que, diante do caso concreto, tendo em conta a realidade do mercado no momento da contratação, saberá decidir se o consumidor estará ou não sendo prejudicado. Aliás, é bom que se diga, que, em determinadas situações, o estabelecimento do dobro da taxa média poderá ser inclusive oneroso para o devedor. Tudo dependerá da realidade econômico-financeira reinante.

II

Faço um complemento para melhor informar meus Pares, com relação à fixação da taxa de juros. Cito aqui um exemplo: no Banco do Brasil, a taxa de juros do cheque especial é fixada diferentemente para cada cliente tendo em conta sempre o retorno financeiro oferecido, o grau de risco que ele apresenta, a pontualidade e ainda o seu histórico econômico-financeiro. A isso somam-se o risco setorial e o risco legal do produto. Inegável, portanto, que, para fixar a taxa de juros, o banco leva em consideração uma série de variáveis ou fatores. Se assim o é, como poderá ser estabelecido por decisão judicial um critério geral, desprezando consequentemente as peculiaridades de cada contratação? Se optarmos por estabelecer um teto, toda essa realidade fática e econômica será desconsiderada e em detrimento de quem? Do consumidor, é evidente. O consumidor que quita seus financiamentos no vencimento, que, com seus negócios, oferta uma razoável retribuição ao banco pode obter uma taxa muito inferior àquela equivalente à média do mercado. Para este consumidor, a fixação de uma taxa de juros igual ou um pouco inferior, inclusive, ao dobro da taxa média de juros vigente poderá caracterizar abusividade. É por isso, Senhores Ministros, que prefiro confiar na prudência do juiz da causa, que, diante da realidade do caso concreto, saberá adotar a decisão que melhor atenda o equilíbrio contratual e, por conseguinte, beneficie, nos

exatos termos da lei, o consumidor probo e honesto.

f) Esclarecimentos do Ministro João Otávio ao Ministro Sidnei Benetti sobre a fixação de parâmetro para aferir a abusividade da taxa de juros

Sr. Ministro Sidnei Beneti, começarei pelo último ponto, a competição. Penso que, por mais de dez anos, não teremos uma efetiva concorrência no sistema financeiro: os bancos cresceram, grandes instituições incorporaram outras menores, diminuindo, consequentemente, a disputa pelo mercado. O que se tem observado no mundo, nestes últimos tempos, é uma redução do número de instituições financeiras. Bancos maiores incorporando menores ou, quando não, dois grandes conglomerados fundindo-se, resultando numa instituição ainda maior e mais forte, facilitando inclusive a formação de cartéis no sistema. Então, competitividade no sistema financeiro, nesta crise, por um prazo que estimo em dez anos, não haverá. Assim, não acredito, pelo que tenho lido, que o sistema financeiro não se reabilitará nos níveis de competitividade observados nos últimos anos, tamanho o estrago feito no sistema americano, que refletiu diretamente no sistema europeu. De outro lado, o sistema brasileiro está protegido porque os nossos fundos de pensão não puderam comprar títulos emitidos pelas instituições estrangeiras. É sabido que a taxa média de juros de mercado é calculada segundo as taxas praticadas pelas instituições financeiras, das quais algumas conseguem captar a custos baixos e outras não. Consequentemente, as taxas por elas praticadas variam segundo o custo de captação. Assim, a cobrança de encargos pelas grandes instituições, que normalmente captam recursos a custos menores, tendo como parâmetro a média da taxa, poderá ser-lhes extremamente vantajosa. Já para os bancos pequenos, a taxa média poderá ser inclusive inferior ao custo de captação. Destarte, tenho que a estipulação de um teto para aferição de abusividade poderá sugerir aos agentes financeiros procederem, preventivamente, ao aumento das taxas praticadas como forma de elevar o cálculo da própria média, procedimento

que seria altamente prejudicial aos tomadores. Daí a importância de não ser adotado um critério geral, mas ter sempre em conta a realidade econômica-financeira que subjaz à causa posta à apreciação do judiciário. É certo que o aumento da oferta de recursos certamente reduziria o preço do dinheiro e consequentemente influenciaria na diminuição das taxas cobradas pelas instituições financeiras. Isso seria o desejável neste momento. Entretanto, é sabido que a demanda por crédito, nesses últimos tempos, cresceu em dimensão maior do que a oferta, fato que provocou a interrupção da tão desejada queda das taxas que estava ocorrendo no mercado. Ou seja, a demanda por crédito voltou, neste momento da economia brasileira, a ser bem maior do que a oferta -, basta ver que os pequenos bancos estão passando por dificuldades para manter o giro de suas carteiras, fato observado inclusive no crédito consignado que, pela maior segurança que oferece ao financiador, permite seja cobrada, no financiamento, uma taxa menor que a cobrada nos outros empréstimos em geral. Está aí a razão de o Governo brasileiro instituir, por meio da edição de medida provisória, a exemplo do que está acontecendo na Europa e nos Estados Unidos, um mini PROER para permitir que os bancos maiores, inclusive o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, possam adquirir carteiras de crédito de outros bancos menores que enfrentam problema de liquidez em razão do descasamento entre os prazos de captação e o de empréstimo dos recursos. São essas as razões - Exmo. Ministro - que me levam a me posicionar contrariamente à Exma. Sra. Minstra Nancy Andrighi no que tange à estipulação de um parâmetro (judicial) para aferição da abusividade da cláusula dos encargos financeiros.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2008/0119992-4

RESp 1061530 / RS

Números Origem: 10700002465 70021397559 70023207079

PAUTA: 08/10/2008

JULGADO: 08/10/2008

Relatora

Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MASSAMI UYEDA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. HELENA MARIA ANTUNES DE OLIVEIRA E SILVA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIBANCO UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A

ADVOGADOS : MARIANE CARDOSO MACAREVICH E OUTRO(S)
LUCIANO CORRÊA GOMES

RECORRIDO : ROSEMARI DOS SANTOS SANCHES

ADVOGADO : MAURO TRÁPAGA TEIXEIRA

ASSUNTO: Civil - Contrato - Revisão

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente, pela Recorrente, o Dr. Luciano Corrêa Gomes, pela Recorrida, a Dra. Cláudia Lima Marques, pela Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, o Dr. Marcos Cavalcante de Oliveira, pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, o Dr. Walter Moura e o Subprocurador-Geral da República, Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, pelo Ministério Público Federal.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Em Questão de Ordem preliminar, a Seção, por maioria, admitiu a sustentação oral da Febraban e do IDEC. Vencidos os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha.

Após o voto da Sra. Ministra Relatora conhecendo parcialmente do Recurso Especial e, nesta parte, dando-lhe provimento, e dos votos dos Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti conhecendo parcialmente do Recurso Especial, dando provimento em maior extensão, pediu VISTA o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Aguardam os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília, 08 de outubro de 2008

HELENA MARIA ANTUNES DE OLIVEIRA E SILVA
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

VOTO-PRELIMINAR

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, na verdade, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão tem razão, a Sra. Ministra Relatora não conheceu. Então, estou com a Relatora por duas razões: uma, porque não conheceu da matéria, então, está prejudicada e, segundo, porque também não seria o caso de se aguardar, mas, de qualquer forma, a Relatora não está conhecendo.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, rogo vênia a Sra. Ministra Relatora para também não conhecer do recurso especial em função da especificidade da matéria. Apenas pela mera nulidade da cláusula pelo nome que se dá à comissão de permanência, eu não teria como enfrentar pela letra c. Examinei a petição recursal e, de fato, pela letra c fica muito difícil o enfrentamento dessa questão, até porque a própria tese de mérito diz respeito a se se poderia considerar nula ou não a comissão de permanência, considerando que a nossa própria jurisprudência, em relação ao tema, considera válida a cláusula, apenas limitando-a a uma taxa média de mercado, ou seja, independentemente do que se ponha na comissão, sempre limitamos à taxa média de mercado sem agregação de outros encargos, mas sempre validando-a. Portanto, entendo que pela letra c ficaria difícil enfrentar a cláusula específica, muito embora eu entenda a preocupação da eminente Relatora no sentido de se procurar solucionar essa questão, agilizando o julgamento. Devemos ter uma larguezza maior nessa interpretação, mas, no caso específico, eu teria essa dificuldade em função de como está sendo colocada a tese. Feita essa ressalva, acompanho a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha, não conhecendo do recurso especial. Sr. Presidente, não conheço da matéria alusiva à capitalização dos juros e também em relação à comissão de permanência, pelos motivos já declinados - inclusive em um deles já antecipamos esse não-conhecimento. Em relação aos juros remuneratórios, acompanho em parte a eminente Ministra Relatora no sentido de entender que não há a limitação de juros. Constitucionalmente, isso foi abolido, e o que se entende é que se considera abusivo aquilo que for demonstrado como ultrapassando, em muito, a taxa média de mercado. Essa consideração, realmente, fica a juízo das instâncias ordinárias e me parece até que, nesse ponto, depois que assim se firmou, vêm os Tribunais estaduais aplicando, de forma razoável, a orientação do STJ. Entendo a posição da Sra. Ministra Nancy Andrighi quando quis estabelecer um teto

objetivo para aferição da abusividade poder, pelo menos, aliviar as instâncias superiores. Muito embora vendo a praticidade da proposta, penso que as instâncias ordinárias é que devem avaliar, mesmo porque - o Sr. Ministro João Otávio de Noronha destacou, e é fato - isso depende de uma série de fatores, inclusive do risco jurídico de cada região e suas peculiaridades. Em relação à mora, estou com a Sra. Ministra Relatora porque, como no caso deu-se uma interpretação de que não havia sido pactuada capitalização, e essa matéria ficou vencida porque não conhecemos do especial nessa parte, não houve a mora, consequentemente. Quanto à inscrição do devedor no Cadastro de Proteção ao Crédito, acompanho a Sra. Ministra Nancy Andrichi, que fez um pormenorizado levantamento da nossa jurisprudência. Faço a ressalva quanto às disposições de ofício porque, efetivamente, entendo que não é uma questão de formalismo: a ação segue conforme a prestação jurisdicional que é solicitada; dizer que o contrato é abusivo, data venia, não dá direito a que o juiz saia lendo o contrato e fazendo uma interpretação subjetiva do que ele pensa ser ou não abusivo. E o grau de subjetivismo, hoje, é extraordinário. Esse é um grande problema. Por mais boa-vontade que se possa ter na tese, muitos advogados, conscientes de que aquela pretensão não tem amparo legal, nem a põe na inicial porque sabem que aquilo não irá longe, mas o Tribunal ou, às vezes, o juiz, vão além, em defesa de teses já ultrapassadas no STF e STJ, e aí cria-se um contencioso que nem foi pretensão da parte autora. Então, realmente, penso que a estrita observância ao pedido inicial, nesse ponto, há de preponderar. Em relação às questões do processo repetitivo, da afetação, estou, em suma, acompanhando a eminent Relatora, salvo na sugestão de se considerar como abusivo apenas a partir do dobro da taxa média de mercado e em relação ao conhecimento, de ofício, de cláusula contratual, que entendo não ser possível. Em relação ao restante, estou de acordo com a eminent Relatora.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Sr. Presidente, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : UNIBANCO UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A
ADVOGADOS : MARIANE CARDOSO MACAREVICH E OUTRO(S)
LUCIANO CORRÊA GOMES
RECORRIDO : ROSEMARI DOS SANTOS SANCHES
ADVOGADO : MAURO TRÁPAGA TEIXEIRA

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Relatório

A autora propôs ação revisional em face de Unibanco - União Brasileira de Bancos S/A, pedindo: a) antecipação da tutela, a fim de evitar que seu nome seja inscrito em cadastro de inadimplentes, bem como para ficar em posse do bem objeto do financiamento até o encerramento da discussão judicial; b) depósito em juízo do valor incontroverso; c) apresentação do contrato pela empresa ré; d) fixação de juros em 12%; e) exclusão da capitalização; f) aplicação do Código de Defesa do Consumidor; e g) declaração de nulidade de encargos contratuais considerados abusivos. Cuida-se de contrato bancário, garantido por alienação fiduciária, no qual a autora, Rosemari dos Santos Sanches, obteve financiamento para a aquisição de motocicleta Honda CG 150, com pagamento de uma entrada e parcelamento do saldo remanescente (R\$ 4.980,00) em 36 (trinta e seis) prestações no valor, cada uma, de R\$ 249,48 (duzentos e quarenta e nove reais e quarenta e oito centavos). A antecipação de

tutela foi deferida à fl. 17, no sentido de manter a posse do veículo, uma vez depositados os valores controversos, assim como para impedir a negativação de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito. A sentença (fls. 61-63) julgou procedente o pedido, reduzindo os juros remuneratórios para 1% ao mês, substituindo a comissão de permanência pelo IGPM e determinando a capitalização anual de juros. Estabeleceu que os demais encargos do contrato devem ser mantidos, inexistindo abusividade. Condenou o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 700,00 (setecentos reais). Por sua vez, o acórdão recorrido negou provimento ao apelo da instituição financeira, afastando, de ofício, disposições contratuais, nos seguintes termos (fls. 114-133):

AÇÃO REVISIONAL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. APLICAÇÃO DO CDC. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ENCARGOS MORATÓRIOS. COMPENSAÇÃO E / OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO. EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PROTESTO DE TÍTULO. MANUTENÇÃO NA POSSE DO BEM. AUTORIZAÇÃO PARA DEPÓSITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. APLICAÇÃO DO CDC. O Código de Defesa do Consumidor implementou uma nova ordem jurídica, viabilizando a revisão contratual e a declaração de nulidade absoluta das cláusulas abusivas, o que pode ser feito inclusive de ofício pelo Poder Judiciário.
2. JUROS REMUNERATÓRIOS. É nula a taxa de juros remuneratórios em percentual superior a 12% ao ano porque acarreta excessiva onerosidade ao devedor em desproporção à vantagem obtida pela instituição credora, por aplicação do art. 51, IV, do CDC.

3. CAPITALIZAÇÃO. A capitalização dos juros é vedada em contratos da espécie, por ausência de permissão legal, ainda que expressamente convencionado.
4. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. Adoção do IGP-M para atualização do valor da moeda. Disposição de ofício.
5. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. É vedada a comissão de permanência por cumulada com juros remuneratórios e correção monetária.
6. ENCARGOS MORATÓRIOS
- 6.1. Juros moratórios. Contemplados no contrato em 1% ao mês e mantidos, vedada a cumulação com juros remuneratórios e multa.
- 6.2. Multa Contratual. Contemplada no contrato à taxa de 2% e mantida. Deve incidir sobre a parcela efetivamente em atraso e não sobre a totalidade do débito.
- 6.3. Mora do Devedor. Por ter sido elidida a *mora debendi*, não há exigir os encargos moratórios. Esses são exigíveis tão-só quando constituído em mora o devedor. Disposição de ofício.
7. COMPENSAÇÃO E/OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Após a compensação, e na eventualidade de sobrar saldo em seu favor do devedor, é admitida a repetição simples, afastada a previsão contida no parágrafo único do art. 42 do CDC. Disposição de ofício.
8. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. A cláusula que prevê emissão de título de crédito configura nulidade pela abusividade que ostenta ou pela excessiva outorga de poderes conferida ao credor ou pelo excesso de garantia. Disposição de ofício.
9. TARIFA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. A emissão de qualquer carnê ou boleto para pagamento é obrigação do credor não devendo ensejar ônus algum ao devedor, já que os arts. 319 do Código Civil/2002 e art. 939 do Código Civil/1916, não trazem no seu bojo a condição de pagamento em dinheiro para ele receber o que lhe é de direito. Disposição de ofício.

10. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO. Além de atender interesse exclusivo do mutuante, essa cláusula contratual contraria o disposto no art. 46, parte final, do Código de Defesa do Consumidor, pois não fornece ao mutuário todas as informações sobre sua finalidade e alcance. Disposição de ofício.

11. CADASTRO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO NEGATIVA. Discussão da dívida que revela probabilidade, ainda que mínima, de sucesso do devedor. Inveracidade de dados e constrangimento desnecessário vedados no CDC.

12. PROTESTO DO TÍTULO. Na medida em que o devedor possui argumentos que fragilizam o negócio subjacente, podendo ser excluídos juros e taxas consideradas abusivas, o protesto revela-se ato temerário e que somente virá em prejuízo do devedor, sem qualquer repercussão jurídica de monta para o credor.

13. MANUTENÇÃO DE POSSE. É de ser mantido o devedor na posse do bem alienado fiduciariamente enquanto pendente pleito revisional.

14. AUTORIZAÇÃO DE DEPÓSITOS. É possível a autorização para depósito de valores que o autor entende devidos, enquanto pende de julgamento ação revisional de cláusulas contratuais.

15. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Redimensionados. Disposição de ofício. APELO DESPROVIDO, COM DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.

Sobreveio recurso especial da ré (fls. 137-151), fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, reclamando, em síntese: a) caracterização da mora da devedora e a consequente imposição de encargos moratórios; b) ofensa ao princípio da boa-fé objetiva; c) impossibilidade do julgamento de ofício; d) não limitação dos juros remuneratórios; e) possibilidade da capitalização mensal de juros; f) validade da cobrança de comissão de permanência; g) descabimento da repetição de indébito; h) seu direito à negativação do nome da devedora; i) equívoco na manutenção da ré na posse do bem; j) validade da cambial emitida (“cláusula mandato”). A instituição financeira interpôs,

igualmente, recurso extraordinário, que teve seu seguimento negado na origem ante a ausência da preliminar de repercussão geral (fls. 201-203). Admitido o recurso especial, os autos ascenderam a esta Egrégia Corte Superior, sendo afetado a julgamento à Segunda Seção, segundo a sistemática do art 543-C do CPC, por despacho do Relator Ministro Ari Pargendler (fls. 224), que identificou, em processos repetidos, as seguintes questões de direito: a) juros remuneratórios; b) capitalização de juros; c) mora; d) comissão de permanência; e) inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito; f) disposições de ofício.

O feito foi redistribuído à Relatoria da Ministra Nancy Andrighi (fl. 565).

2. Voto da Min. Relatora:

Em extraordinário e denso trabalho, a culta Ministra Relatora proferiu bem-fundamentado voto, estabelecendo as seguintes teses: a) Afastamento da mora quando constatada a cobrança abusiva de qualquer dos encargos da normalidade; mantida sua caracterização quando verificada a simples propositura de ação revisional ou a cobrança de encargos moratórios abusivos. b) Autorização da cobrança de juros moratórios até o limite de 1% ao mês. c) Concessão de liminar para impedir a inscrição do devedor em cadastro de inadimplentes quando reunidos os seguintes requisitos: “a) houver ação fundada na existência integral ou parcial do débito; b) ficar efetivamente demonstrado que a alegação de cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF e STJ; c) for depositada a parcela incontroversa, ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz”. d) Não reconhecimento da abusividade das taxas de juros que não ultrapassem o dobro da taxa média de mercado, conforme apurada pelo Banco Central; e) Possibilidade de as instâncias ordinárias afastarem de ofício cláusulas abusivas, nos termos do art. 51, do CDC.

Até o momento, além da Ministra Nancy Andrighi, votaram os

Ministros João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti, aquele, divergindo do entendimento da Relatora quanto ao estabelecimento de critérios fixos para a aferição de abusividade da taxa de juros remuneratórios e quanto à possibilidade de análise de ofício dos encargos contratados pelo consumidor; este, apenas quanto ao segundo ponto.

Tendo pedido vista dos autos na sessão do dia 08.10.2008, profiro meu voto.

3. Aspectos processuais – extensão horizontal e vertical do julgamento:

3.1. Por primeiro, cumpre bem delimitar a extensão do julgamento que ora se procede, com a nova sistemática introduzida pelo art. 543-C do CPC (Lei 11.672/08), seja em relação ao processo entre as partes recorrente e recorrida, seja no tocante aos efeitos externos do acórdão, atingindo os inúmeros outros recursos com “fundamento em idêntica questão de direito”, de modo a ser afastada qualquer dúvida quanto aos efeitos do acórdão que ora se constitui, resguardando a segurança jurídica e judicial. É que a inclusão do art. 543-C no Código de Processo Civil, cujo processamento foi regulado pela Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça, permitirá a objetivação no julgamento dos recursos especiais, com a análise, em abstrato, de questões reiteradamente conduzidas à apreciação desta Corte, assentando seu entendimento e orientando a atuação das instâncias ordinárias. Contudo, em decorrência do potencial impacto das decisões proferidas em recurso repetitivo a milhares de relações jurídicas intersubjetivas, faz-se necessário delimitar com exatidão, em cada caso, a extensão da controvérsia sujeita à disciplina do art. 543-C, CPC, afastando as questões não conhecidas no especial e aquelas não afetadas ao exame da Seção. Esse problema foi habilmente suscitado pelo parecer ministerial, que consignou (fls. 982-983): “Dito de outro modo, a principal atividade a ser desempenhada no julgamento de recursos que apresentem esses contornos peculiares relaciona-se com o

fato de que o Superior Tribunal de Justiça delimita, de maneira estrita, o objeto da questão jurídica a ser debatida, até mesmo para que se procure diferenciar situações fático-jurídicas para ulteriores casos aparentemente semelhantes.

Com estas considerações, almeja-se destacar que, para fins de aplicação do art. 543-C do CPC, é de grande importância operacional a definição da estrita delimitação da controvérsia no âmbito do julgamento de recurso especial, até mesmo para, após o julgamento da Corte, ser possível identificar, exatamente, quais recursos especiais ‘terão seguimento denegado’ ou ‘serão novamente examinados pelo tribunal de origem.’. Como se sabe, a Lei 11.672/08 não criou propriamente um requisito específico de admissibilidade do recurso especial - e nesse ponto se distancia do instituto da “repercussão geral” para o recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF e art. 543-A do CPC) -, mas tratou apenas do processamento a ser observado quando interposto determinado recurso especial na situação particular de ser um entre tantas causas repetitivas. Em outras palavras, valendo-me de uma estrutura pouco mais esquemática, ao examinar o recurso especial em que o relator percebe: a) multiplicidade de recursos; b) com fundamento em idêntica questão de direito, procederá: 1º) exame dos requisitos (pressupostos) genéricos do recurso nobre; 2º) exame dos requisitos (pressupostos) específicos; 3º) afetação à Seção das questões de direito que serão julgadas, de modo a se conferir ao acórdão os efeitos do art. 543-C, § 7º, CPC; 4º) expedirá ordem para suspensão de todos os demais recursos repetidos; 5º) procederá, na seqüência, conforme dispõe o art. 543-C, §§ 3º a 6º, CPC.

3.2. Parece interessante, nesse passo, estabelecer corretamente a(s) questão(ões) de direito do caso concreto ora em exame, na medida em que estas é que estão relacionadas à matéria de fundo do recurso especial, ou seja, ao mérito de questão. Esse é o elemento identificador da controvérsia,

que irá determinar a existência ou não de multiplicidade de recursos acerca do tema. A ausência de qualquer dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial impõe óbice intransponível à apreciação do mérito, de maneira que, em relação aos temas não conhecidos, não se há falar nos efeitos “externos” do recurso (§ 7º do art. 543-C, CPC). Ademais, a análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial não é realizada em abstrato, mas singularmente, no caso concreto, contrariando a lógica de objetivação imposta pelo art. 543-C. Por oportuno, transcrevo lição de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina extraída da Revista de Processo n. 159: “Assim, por exemplo, em relação ao sobrerestamento de recursos extraordinários, o § 2º do art. 543-C estabelece que, decidindo o STF no sentido da inexistência de repercussão geral, os recursos cuja tramitação ficou suspensa, ‘considerar-se-ão automaticamente não admitidos’. Vê-se que *a decisão do STF tem caráter absolutamente vinculante, quanto à inadmissibilidade do recurso em razão da ausência de repercussão geral*. Deverá o órgão *a quo*, portanto, ater-se ao que tiver deliberado o STF, a respeito. O mesmo, porém, não ocorre em relação aos recursos especiais: o não conhecimento dos recursos especiais selecionados não importará, necessariamente, na inadmissibilidade dos recursos especiais sobrerestados.” No mesmo ponto, extrai-se das notas de rodapé: “4. A solução prevista no § 7º do art. 543-C refere-se, a nosso ver, apenas e tão-somente ao julgamento do mérito do recurso especial, e não à sua inadmissibilidade.” (Wambier, Teresa Arruda Alvim e Medina, José Miguel Garcia. “Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrerestamento de recurso especiais ‘com fundamento em idêntica questão de direito’ *in* ‘Revista de Processo. ano 33. n. 159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 216-217). No caso em apreço, não se está conhecendo do recurso especial nos seguintes pontos: a) capitalização de juros, pois o acórdão está amparado somente em fundamento constitucional para afastá-la, escapando da competência desta Corte; b) comissão de permanência,

uma vez que o recorrente não especifica qualquer dispositivo legal tido por violado ou realiza o necessário cotejo analítico com o precedente paradigma. c) manutenção de posse do devedor em relação ao bem, pois os dispositivos tidos por violados não foram apreciados pela Corte local. Aplica-se, portanto, a Súmula 282/STF. d) “análise da cláusula mandato”, uma vez que a matéria suscitada não foi devidamente prequestionada, esbarrando no óbice da Súmula 282/STF. Ademais, o recorrente não empreendeu o necessário cotejo analítico dos precedentes transcritos, sendo impossível a constatação da similitude fática perante os acórdãos paradigmáticos. Dessa forma, essas matérias estão expressamente excluídas dos efeitos determinados pelo § 7º do art. 543-C. Bem por isso, também prejudicadas as questões de ordem suscitada pelo Ministério Público e a prejudicial alteada no voto do eminentíssimo Ministro João Otávio Noronha, no que se refere aos aspectos relativos à capitalização de juros.

3.3. Outro ponto que merece destaque diz respeito à abrangência do acórdão proferido em recursos repetitivos, especificamente, no caso vertente, no que se refere aos juros remuneratórios não pactuados. No caso em análise, houve previsão expressa da incidência de juros remuneratórios ao contrato bancário, por meio de cláusula declarada nula pelo acórdão recorrido. Por sua vez, o recurso especial da instituição bancária versa acerca da impossibilidade de limitação dos juros legalmente pactuados. Assim, para que não haja qualquer dúvida a respeito do ponto, esclareça-se que a discussão não abrange os juros não pactuados. Se, por um lado, é necessário fixar, em abstrato, a tese jurídica que orientará a atuação dos Tribunais locais quanto aos recursos sobrerestados; por outro, não se pode olvidar que estamos diante de um caso concreto, que exige, nos termos da Súmula 456/STF e do art. 257 do RISTJ, a aplicação do direito à espécie: “Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conecerá o recurso; se pela afirmativa, julgará a

causa, aplicando o direito à espécie.” Dessa forma, qualquer manifestação desta Corte acerca da taxa de juros aplicável quando inexiste pactuação expressa, conquanto válida para fundamentar a decisão, não poderá integrar a tese jurídica a que se pretende atribuir efeito extensivo, nos termos do § 7.º do art. 543-C.

3.4. De outra parte, deve-se tratar ainda das demais matérias constantes do recurso especial de fls. 137-151 e que não foram afetadas ao procedimento dos recursos repetitivos, no caso, a afirmada validade da cláusula mandato e a impossibilidade da manutenção da devedora na posse da motocicleta. Em tese, é competência da Turma a apreciação de pontos que não foram afetados pelo Ministro Relator, ou seja, sobre os quais não repousa multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Contudo, vislumbram-se as dificuldades práticas do julgamento fragmentado do recurso, com parte sendo apreciado pela Seção e o restante pela Turma originária. Por todas, acredito que o recurso deva ser julgado em sua totalidade pela Seção, nos termos do art. 34, XII, do RISTJ, porquanto não haverá prejuízo ao recorrente em ver sua controvérsia apreciada pelo colegiado maior.

“Art. 34. São atribuições do relator:

(...)

“XII - Propor à Seção ou à Turma seja o processo submetido à Corte Especial ou à Seção, conforme o caso.”

Entretanto, ainda que esta Segunda Seção decida pelo conhecimento do recurso nesses pontos, tais matérias devem ser destacadas dos efeitos do § 7.º do art. 543-C, visto que não foram afetadas a julgamento conforme disciplina dos recursos repetitivos. São as seguintes as matérias que não foram conhecidas, nem afetadas e tampouco analisadas no voto da eminente Relatora: a) manutenção do devedor na posse; b) “análise da cláusula mandato”.

4. Mérito (teses consolidadas, com os efeitos do §7º do art. 543-C, do CPC)

4.1. Caracterização da mora do devedor e cadastros de inadimplência

Quanto à descaracterização da mora do devedor e a possibilidade de sua inscrição em cadastros de inadimplência acompanho o voto da Ministra Relatora, o qual traduz o entendimento precedente desta Segunda Seção (EREsp 163.884/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 23.05.2001; RESP 607.961/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado de 09.03.2005; RESP 527618/RS, 2ª Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 22.11.2003).

4.2. Juros moratórios

Em conformidade com a jurisprudência da Segunda Seção, que já decidiu que os juros moratórios podem ser pactuados até o limite de 12% ao ano, conforme previsto na Lei de Usura (REsp 402.483/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 26.03.2003), acompanho o voto da Ministra Relatora.

4.3. Juros remuneratórios

A jurisprudência desta Corte está pacificada no sentido de que os juros remuneratórios cobrados pelas instituições financeiras não sofrem a limitação imposta pelo Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura), conforme o disposto na Súmula 596/STF. Contudo, uma vez demonstrado que a pactuação dos juros remuneratórios é evidentemente abusiva, o Poder Judiciário tem o dever de exercer o controle da taxa contratada, como explicitado no voto da eminentíssima Ministra Relatora. Todavia, ouso divergir em relação aos critérios para a aferição da abusividade da taxa de juros remuneratórios. No julgamento dos Embargos Declaratórios na ADI 2.591-1/DF, os Ministros do Supremo Tribunal Federal deram provimento, por unanimidade, aos embargos opostos pelo Procurador Geral da República para reduzir a ementa referente ao julgamento da ADIN. O Relator, Ministro Eros Grau, esclareceu o alcance da decisão prolatada em relação à taxa de juros remuneratórios: “A ementa efetivamente é explícita ao

afirmar que incumbe ao Conselho Monetário Nacional a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação do dinheiro na economia, providência essencial à formulação das políticas monetária e de crédito do Estado, cuja racional elaboração é essencial à efetividade da soberania nacional. Atribuir a órgãos de defesa do consumidor e/ou mesmo ao Poder Judiciário essa definição seria insensato, colocaria em risco a continuidade da atividade estatal. Isso não significa, contudo, que o Poder Judiciário não fiscalize, que o Poder Judiciário não controle e opere a revisão, caso a caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual das taxas de juros. Isso diz a ementa. Diz que o poder Judiciário operará o controle e a revisão, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. Estamos seguramente de acordo quanto a este ponto. Não há, nele, contradição nenhuma a ser superada, nem há omissão qualquer a ser colmatada. De resto, é inadmissível o rejulgamento da matéria nesta sede, que é isso o que se pretende mediante o oferecimento dos presentes embargos.” Portanto, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual estamos estritamente vinculados, conforme o art. 102, § 2º, da CF, a abusividade dos juros remuneratórios pactuados deve ser analisada caso a caso, não cabendo estabelecer critérios estritos de aferição. Cumpre ressaltar que o efeito vinculativo decorrente da improcedência da ADI 2.591-1/DF não se limita à parte dispositiva, mas se estende aos fundamentos da decisão. Corrobora esse entendimento lição do Ministro Gilmar Mendes: (...) resta evidente que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes. Como se vê, com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante

devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação - e não apenas aquela objeto de pronunciamento jurisdicional - é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservada ou eliminada. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1222). Logo, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça tarifar os juros remuneratórios para demonstrar sua excessividade quando o Supremo Tribunal Federal já afirmou que a questão deve ser analisada caso a caso. Acompanho o voto da Ministra Relatora quanto aos demais pontos referentes aos juros remuneratórios pactuados, quais sejam: a) não sujeição das instituições financeiras à limitação dos juros remuneratórios conforme estipulado no Decreto 22.626/33; b) inexistência de abusividade pela simples estipulação de juros remuneratórios superiores à 12% ao ano; c) impossibilidade de utilização da SELIC como parâmetro de limitação de juros remuneratórios.

4.4. Disposições de ofício

Apesar de a relação jurídica existente entre o contratante e a instituição financeira ser disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça entende que o julgamento realizado de ofício pelo Tribunal de origem ofende o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, previsto no artigo 515 do CPC, conforme manifestado pelo Min. Cesar Asfor Rocha, em 08.06.2005, no julgamento do Resp 541.153/RS: “não se tratando de questões relacionadas às condições da ação, as matérias que não foram objeto da apelação não podem ser examinadas pelo tribunal”. A questão foi reapreciada por ocasião do EREsp 702.524/RS, julgado em 08.03.2006, sendo assentado o entendimento acima referido por maioria de votos. Diante da modificação substancial na composição da Segunda Seção, a Ministra Relatora propõe a rediscussão da matéria para admitir a revisão de ofício, tendo em

vista o caráter de norma de ordem pública do CDC e a disciplina do art. 51 do CDC c/c ao art. 168, parágrafo único, do Código Civil. Embora consciente do fundamental papel do Superior Tribunal de Justiça de guardião da unidade do Direito Federal, assim também o de uniformizar a jurisprudência infraconstitucional, com as inúmeras consequências daí decorrentes, mas força é convir que decisões consolidadas da Corte não se constituem jurisprudência imutável do Tribunal. É bem verdade que o STJ, ao longo de sua história, consolidou-se como o Tribunal da Cidadania, com uma jurisprudência sólida que não pertence a um ou alguns Ministros, mas obra coletiva que orgulha o povo brasileiro. Contudo, malgrado a observação de que a jurisprudência firmada deve ser perene em resguardo à segurança jurídica, num ou outro ponto, com fundamentos diferentes, é possível avançar. De modo a se tentar a evolução da jurisprudência sem os inconvenientes das “guinadas bruscas”, com seguidos avanços e retrocessos, parece que, no tema, a boa medida do equilíbrio apresenta-se, no meu modo de ver, mais acertada. Refiro-me à possibilidade de reconhecimento das disposições de ofício, quando presente a hipossuficiência do consumidor/contratante. É, na verdade, uma interpretação sistêmica e convergente dos artigos 51 e art. 4º, I, 6º, IV, e 39, IV, CDC. Anteriormente à consolidação do atual entendimento desta Segunda Seção, ambas as Turmas decidiam pela possibilidade da análise de ofício de cláusulas abusivas em contratos de consumo, conforme abaixo transscrito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. NÃO INCIDÊNCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LIMITE MÁXIMO. TAXA DE JUROS DO CONTRATO. CLÁUSULAS ABUSIVAS. REVISÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

1. A Segunda Seção desta Corte entende cabível a capitalização dos juros em periodicidade mensal, para os contratos celebrados a partir

de 31 de março de 2000 - data da primitiva publicação do art. 5º da MP 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001 -, desde que pactuada, requisito in casu inexistente, obstando, pois, o seu deferimento.

2. A limitação máxima da comissão de permanência à taxa de juros remuneratórios do próprio contrato não enseja nenhuma ilegalidade ou irregularidade, estando, aliás, em consonância com o leading case sobre o assunto (Resp 271.214/RS), em que foi pacificada pela Segunda Seção.

3. O STJ tem preconizado a possibilidade de rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no art. 51, IV do CDC. Nesse sentido: RESP 248.155/SP, in DJ de 07.08.2000 e RESP 503.831/RS, in DJ de 05.06.2003.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 655.443/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 05/04/2005, DJ 02/05/2005 p. 372)

AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. EXAME DE OFÍCIO. ART. 51, IV, CDC. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LIMITAÇÃO AO PACTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DO VALOR EM FASE DE LIQUIDAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE.

- A jurisprudência permite afastar, de ofício, as cláusulas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC, questão de ordem pública.

- É lícito a cobrança de comissão de permanência no período da inadimplência, desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula 30), nem com juros remuneratórios, calculada pela taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (Súmulas 294 e 296).

- A redistribuição da verba honorária reserva-se à liquidação da sentença, limitada a condenação ao quantum fixado pelo acórdão recorrido, em atenção ao princípio da reformatio in pejus.

(AgRg no REsp 645.902/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/09/2004, DJ 17/12/2004 p.

542, REPDJ 01/02/2005 p. 556)

Embora não se possa generalizar, o fato é que o reconhecimento da abusividade de ofício, em casos extremos, é indispensável, ou seja, quando reconhecida a hipossuficiência do consumidor. O Ministro Antônio Herman Benjamin, em seu Manual de Direito do Consumidor, explica o conceito de hipossuficiência disposto no art. 39, IV do CDC: “O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável de consumo (art. 4º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior a média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. Protege-se, com esse dispositivo, por meio de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente. A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade -, mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitam da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII). (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 220). Logo, em face da grande desigualdade existente entre a instituição financeira e o consumidor hipossuficiente, ou seja, o consumidor que possui uma vulnerabilidade técnica ou econômica ou jurídica, agravada em razão de suas condições pessoais, deve-se protegê-lo de maneira mais rígida e

ativa. Portanto, nos casos de existência de cláusulas nulas de pleno direito, como as exemplificadas no art. 51 do CDC, e em virtude da posição de vulnerabilidade extremada do consumidor (art. 4, I; art. 6º, IV e art. 39, IV), entende-se como possível o reconhecimento das nulidades das cláusulas abusivas. Destarte, reconheço a possibilidade do juiz de dispor de ofício, quando diante de cláusulas absolutamente nulas, conforme o Código de Defesa do Consumidor, desde que o consumidor esteja comprovadamente em situação de hipossuficiência. Acompanho o voto da Ministra Relatora para manter o acórdão recorrido, embora por fundamentos diversos.

5. Manutenção de posse do bem e cláusula mandato (sem os efeitos do §7º, 543-C, CPC)

As questões referentes à manutenção da posse do bem objeto da alienação fiduciária (fl. 147) e da cláusula mandato (fl. 148), conforme anteriormente explicitado, carecem dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, não devendo ser conhecidas.

6. Parte Dispositiva

Ante o exposto, acompanho parcialmente o voto da eminente Ministra Relatora, divergindo em relação aos seguintes pontos:

- a) em preliminar, não conheço do recurso especial em relação à capitalização de juros e à comissão de permanência, restando as referidas matérias afastadas dos efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC;
- b) deixo de apreciar a questão relativa aos juros remuneratórios não pactuados, tendo em vista que a matéria não integra os limites da lide, estando excluída igualmente dos efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC;
- c) não conheço, igualmente, dos pontos relativos à manutenção da posse do devedor em relação ao bem e à alegada validade da cláusula mandato, esclarecendo que, ainda que fossem apreciadas por esta Corte, tais matérias restariam excluídas dos efeitos dos recursos repetitivos, uma vez que não foram afetadas ao procedimento do art. 543-C do CPC.

- d) reconheço a legalidade da fixação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, mas divirjo quanto aos critérios de fixação da abusividade de tal encargo, que deve ser analisada caso a caso;
- e) mantendo o acórdão no tocante às disposições de ofício, desde que reconhecida expressamente a hipossuficiência do consumidor/contratante.
- É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

VOTO-PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1^a REGIÃO): Sr. Presidente, peço as mais respeitosas vêrias àquilo que designarei de divergência, porque, na realidade, estão surgindo questões novas, como é esse problema do conhecimento pela alínea c. Renovo as respeitosas vêrias, desculpem-me a redundância, mas tenho a impressão de que o mais importante é discutir a matéria de fundo. Pelo que ouvi da eminente Ministra Relatora - farei as anotações -, S. Exa. não se retratou, mas trouxe uma nova ótica, uma nova visão sobre o ponto e está conhecendo do recurso também pela alínea c. Não vejo nenhum perigo em avançarmos e discutirmos o que seria, pedindo empréstimo à expressão do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, a matéria de fundo. Conheço do recurso especial pela alínea c, reservando-me, obviamente, quando em tempo oportuno, a discutir o mérito.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

VOTO-MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1^a REGIÃO): Sr. Presidente, como a Sra. Ministra Relatora teve o cuidado de mandar farto material, não só cópia dos votos, como uma síntese didática de todo seu estudo neste processo,

lembrei-me do poeta Manuel Bandeira, que, diante do verso “Tu pisavas nos astros, distraída”, dizia que se ralava de inveja de não ser o autor daqueles versos. Que magistrado não gostaria de poder proferir o voto que proferiu a eminente Ministra Fátima Nancy Andrichi, borbulhando a magistratura brasileira? É um trabalho de escafandro em matéria com tanta complexidade, em que S. Exa. teve o cuidado, inclusive, de fazer, quando diante de tão claro relato, um resumo das soluções para o caso concreto e um resumo das soluções para as teses repetitivas. Evidentemente que os elogios não ficam só a ela. Eu, particularmente, adoraria ter os conhecimentos de Direito Bancário, entre outros, que tem o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, com segurança, com firmeza, com vivência, com saber teórico e com saber de experiência feita. Quem não gostaria de proferir um voto-vista como este que acaba de proferir o eminente Ministro Luís Felipe Salomão? Mas todos nós fomos nos debruçar, porque recebemos esse farto material: memoriais, adendos, aditivos e cópias de votos. Aqui, renovo os elogios desnecessários, que nada acrescentam aos méritos da eminente Relatora, mas o cuidado que ela teve de nos mandar e de discutir muitos pontos. Permito-me pedir respeitosas vênias à eminente Ministra Relatora em um ponto que tenho dificuldade de transpor. S. Exa., com a objetividade de sempre, lembra, com relação à revisão de ofício das chamadas cláusulas abusivas, que é a única remanescente que participou do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 702.524/RS.

O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1^a REGIÃO): Já na sessão anterior, quando a matéria foi aventada, tive o cuidado de colher tudo o que havia a respeito, e, agora, acrescento, inclusive, um outro EREsp da lavra do não menos eminente Ministro Fernando Gonçalves. Louvo, mais uma vez, S. Exa., porque, se o ser humano não ousasse, não teria inventado a roda, domesticado o fogo e conquistado o espaço. É da essência do ser humano estar em mutação.

Aliás, Toynbee dizia que só os desafios constroem a história. A história é feita por desafios. Aqui me permitirei, e o farei com todo o cuidado, inclusive prestando modestíssima homenagem à Professora Cláudia Lima Marques, que tanto admiro e no que não sou original, porque todos a admiramos, e também ao grande Mestre que esteve nesta Seção por muito tempo, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que escreveram, entre outros, sobre cláusulas abusivas. Eu mesmo rabisquei algumas coisas sobre esse assunto, louvando-me em trabalhos de S. Exas. Confesso, no entanto, que tenho enorme dificuldade em transpor esse fato, porque, mesmo sabendo que estamos vivendo uma era de desconstrutivismo, portanto, derrubando cânones, vivendo a era dos direitos de terceira geração, dos direitos de solidariedade, já não podemos afirmar com tanta tranqüilidade, por exemplo, que o contrato faz lei entre as partes. Hoje, é preciso ter coragem de justificar isso com tanta tranqüilidade. A revolução no Direito das Obrigações, que foi a maior revolução desde o Código de Napoleão, que é o Direito do Consumidor. Não gosto da expressão “Direito Consumerista”, desses neologismos, porém, não vamos brigar por palavras, fazer moinhos de ventos particulares para, quixotescamente, brigar mais. Porém, tenho dificuldade. Como fica o problema do pedido? Aquilo que está no Código de Processo Civil? Como fica o princípio do tantum devolutum quantum appellatum? São também outros cânones. E o Direito Pretoriano, que também faz Direito. O Direito Pretoriano, que tanto fascínio imprimiu a Savigny - aliás, ele dizia que as duas grandes construções, todos sabem, não legislativas, eram o Direito Pretoriano, Romano e a *Common Law*, que não são construções legislativas.

O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1^a REGIÃO): Então, confesso que não vejo por que mudarmos uma posição que está sedimentada na Seção. E, agora, vejo que não só S. Exa. participou, mas também o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. Tenho cópia das ementas dos acórdãos dos Embargos de Divergência no

Recurso Especial nº 702.524/RS, que está expressamente citado no voto de S. Exa. Tenho aqui cópia do acórdão do Recurso Especial nº 541.153/RS e um outro mais recente - estou enfatizando isso porque o eminente Ministro Luis Felipe Salomão citou um precedente que está aqui e o eminente Ministro Fernando Gonçalves teria votado em outro sentido. Mas esse aqui é recentíssimo: “Viola o princípio do tantum devolutum quantum apellatum o deferimento de repetição de indébito, em face do reconhecimento de abusividade no contrato de financiamento bancário, sem que a parte interessada tenha manejado o competente recurso de apelação.”

O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1^a REGIÃO): Agradeço a V. Exa. pelo esclarecimento e me penitencio, mas isso em nada altera a minha postura; não por teimosia, mas por convicção. Esse é o único ponto. Eu me permitiria, em atenção ao voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, dizer que a questão da capitalização dos juros com relação às soluções para o caso concreto, do resumo didático que S. Exa., a eminente Ministra Relatora, teve a bondade de nos fazer chegar às mãos, está no item III: “Não conhecido; ausência de pactuação; aplicação das Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.” S. Exa., com relação ao resumo das soluções para as teses repetitivas, também enfrenta, mantendo a jurisprudência atual: “Nas operações realizadas por instituições integrantes do sistema financeiro nacional após 31 de março de 2000 admite-se a capitalização mensal de juros, *desde que pactuados*.” Com essas considerações - e meu voto é bem aquém de todos tão brilhantes aqui, proferidos -, não vejo como deixar de acompanhar a eminente Ministra Relatora, que conhece parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dá-lhe provimento, salvo no ponto da revisão, de ofício, pelas instâncias ordinárias, das chamadas cláusulas abusivas, que são essas novas conquistas desses novos bem-vindos direitos. Sr. Presidente, V. Exa. não precisa de elogio algum, mas quero,

também, me permitir um registro da serenidade oriental, da paciência quase monástica com que V. Exa. está presidindo – nada surpreendente –, tão bem e de forma tão objetiva, separando um processo tão complexo, em que temos questões de ordem geral e questões de ordem específicas. Renovo, mais uma vez, as homenagens à minha Mestra Cláudia de Lima Marques. Enfatizo isso, porque recorro aos seus ensinamentos. Dirá S. Exa. que concordo com ela nos artigos, porém, no momento que seria mais preciso, mais pragmático, não voto com ela.

O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1^a REGIÃO): Sr. Presidente, permita-me corrigir essa parte em que votei “a vô de pássaro”. Não estou acompanhando quanto ao dobro das taxas.

O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1^a REGIÃO): Tenho nota aqui que isso já estaria resolvido, mas se não está – e, vejo que não foi apenas eu que pensei assim, o Sr. Ministro Beneti também –, salvo se a eminente Relatora vier a alterar essa questão do dobro, não haveria divergência alguma. Mas, também com relação ao dobro dos juros remuneratórios.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Sr. Presidente, não tenho a verve, a eloquência, nem a criatividade do Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias. Sou mais objetivo. Gostaria de estabelecer o que se está votando em termos de recurso repetitivo. A meu ver, a mora do devedor e o cadastro de inadimplência seriam os primeiros temas. No caso, estou acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora no que diz respeito à possibilidade de inscrição do devedor remisso no cadastro de inadimplência, naquelas condições já estabelecidas no *leading case*, que

é o Recurso Especial nº 527.618/RS, do qual foi Relator o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. A segunda tese diz respeito aos juros moratórios, que podem ser pactuados até o limite de 1% ao mês. Se eu estiver enganado, corrijam-me, por favor. A questão dos juros remuneratórios, a fixação é de acordo com a taxa média de mercado estabelecida pelo Banco Central, tendo como limite o que foi pactuado, quer dizer, o contrato.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Acompanho. E a última é a questão da revisão de ofício das cláusulas chamadas abusivas. Efetivamente - e o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão cita um julgado meu, de 2005 -, na minha anterior investidura na Quarta Turma, em que acompanhei aquele entendimento, mas, agora, recobrando a razão, retifico a posição anterior, não permitindo a revisão de ofício, mesmo porque não entendo o conceito de hipossuficiente; é um conceito fúgido, que, em qualquer figurino, se encaixa. O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias citou um voto que proferi no ano de 2007, no qual afirmei que: "*Viola o princípio do tantum devolutum quantum apelatum o deferimento de repetição de indébito, em face do reconhecimento de abusividade no contrato de financiamento bancário, sem que a parte interessada tenha manejado o competente recurso de apelação.*" Esse foi o entendimento tirado da jurisprudência da Segunda Seção. Portanto, meu voto é nesse sentido.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2008/0119992-4

REsp 1061530 / RS

Números Origem: 10700002465 70021397559 70023207079

PAUTA: 08/10/2008

JULGADO: 22/10/2008

Relatora

Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MASSAMI UYEDA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretaria

Bela. HELENA MARIA ANTUNES DE OLIVEIRA E SILVA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIBANCO UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A

ADVOGADOS : MARIANE CARDOSO MACAREVICH E OUTRO(S)
LUCIANO CORRÊA GOMES

RECORRIDO : ROSEMARI DOS SANTOS SANCHES

ADVOGADO : MAURO TRÁPAGA TEIXEIRA

ASSUNTO: Civil - Contrato - Revisão

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, acompanhada pelos Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior; salvo em relação às disposições de ofício, vencidos a Ministra Relatora e o Ministro Luis Felipe Salomão, e quanto à comissão de permanência, vencidos no conhecimento a Ministra

Relatora e o Ministro Carlos Fernando Mathias.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília, 22 de outubro de 2008

DJe 10/03/2009

LEGISLAÇÃO

**REVISTA
JURÍDICA**
DO BANCO DO NORDESTE

**LEI Nº 1.649, DE
19 DE JULHO DE 1952**

Cria o Banco do Nordeste do Brasil e
dá outras providências

LEI Nº 1.649, DE 19 DE JULHO DE 1952

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

CONSTITUIÇÃO DO BANCO

Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a promover todos os atos necessários à constituição do Banco do Nordeste do Brasil, como um dos órgãos de execução do programa assistencial previsto no art. 198 da Constituição.

Art. 2º O Banco do Nordeste do Brasil será organizado sob a forma de sociedade por ações e os seus estatutos, que dependerão de prévia aprovação do Presidente da República, obedecerão às linhas gerais consubstanciadas na presente Lei, e aos dispositivos, por esta não derrogados, da legislação bancária e do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940.

Art. 3º O Banco do Nordeste do Brasil terá sede na cidade de Fortaleza.

§ 1º O Banco terá uma filial em cada um dos Estados compreendidos no Polígono das Sêcas.

§ 2º As filiais de que trata o parágrafo anterior terão, conforme dispuserem os Estados, e guardadas as normas gerais do Banco, autonomia na aplicação dos recursos que, na conformidade do art. 14, couberem aos respectivos Estados.

§ 3º As agências irão sendo instaladas na área do Polígono, de modo que haja, em cada Estado, pelo menos uma agência por 400.000

(quatrocentos mil) habitantes da respectiva área seca e um mínimo de duas agências por Estado.

CAPÍTULO II

RECURSOS

Art. 4º Serão os seguintes os recursos do Banco do Nordeste do Brasil:

- a) capital social;
- b) parte do fundo a que se refere o art. 1º da Lei nº 1.004, de 24 de dezembro de 1949;
- c) depósitos nas condições que forem fixadas nos Estatutos;
- d) lucros verificados nas operações;
- e) produto do lançamento de títulos de sua responsabilidade, nas condições permitidas pela lei.

Art. 5º O capital inicial do Banco será de cem milhões de cruzeiros (Cr\$100.000.000,00) dividido em ações comuns, nominativas, de mil cruzeiros (Cr\$1.000,00) cada uma, das quais o Tesouro Nacional subscreverá, no mínimo, setenta por cento (70%), no valor de setenta milhões de cruzeiros (Cr\$70.000.000,00), ficando os restantes trinta por cento (30%), no montante de trinta milhões de cruzeiros (Cr\$30.000.000,00), destinados à abertura de subscrição pública.

§ 1º Caberá ao Tesouro Nacional, se necessário, completar a quota reservada à subscrição particular e não subscrita.

§ 2º É o Tesouro Nacional autorizado a subscrever a sua quota inicial de capital com parte do Fundo constituído em obediência ao disposto no

art. 198, § 1º, da Constituição Federal.

§ 3º É o Poder Executivo autorizado a baixar os atos necessários ao reajustamento periódico do capital social, conforme a conveniência das operações do Banco, incorporando parte dos depósitos previstos no artigo seguinte e levando em conta o disposto no art. 17.

Art. 6º O Tesouro Nacional depositará cada ano, em conta especial no Banco do Nordeste, entre 50% e 80% da incorporação anual do Fundo a que se refere o art. 198, § 1º, da Constituição, para as operações referidas no mesmo dispositivo constitucional, *in fine*, observado sempre o disposto no § 3º do art. 1º da Lei nº 1.004, de 24 de dezembro de 1949.

CAPÍTULO III

ADMINISTRAÇÃO

Art. 7º O Banco será administrado por uma Diretoria composta de seis membros, sendo um presidente e cinco diretores, com a assistência de um Conselho Consultivo e de outros órgãos previstos na lei ordinária.

§ 1º O Presidente será de livre nomeação do Presidente da República, entre pessoas de notório conhecimento dos problemas peculiares à região.

§ 2º Os Diretores serão escolhidos pela forma e prazo que os Estatutos determinarem, não podendo êste ser superior a quatro anos, mas permitida a reeleição.

§ 3º Vetado.

§ 4º As resoluções da Diretoria serão tomadas por maioria de votos, cabendo ao Presidente o direito de voto, com recurso para o Ministro da Fazenda.

§ 5º O Conselho Consultivo, constituído conforme determinarem os

estatutos, incluirá obrigatoriamente o Diretor do Departamento Nacional de Obras Contra as Sêcas, o Superintendente da Comissão do Vale do São Francisco, um representante de cada um dos Estados diretamente interessados e um representante da agricultura, um da indústria e um do comércio da região, escolhidos mediante indicação das federações regionais, ou organizações semelhantes, através das confederações nacionais respectivas.

CAPÍTULO IV

ATRIBUIÇÕES

Art. 8º O Banco do Nordeste do Brasil prestará assistência, mediante empréstimo, a empreendimentos de caráter reprodutivo, na área do Polígono das Sêcas, especialmente para:

- a) despesas que couberem ao tomador de empréstimo para construção de açude por cooperação com o Governo Federal ou com governo estadual, até o limite de setenta por cento (70%) do prêmio concedido;
- b) construção de pequenos açudes e de barragens submersas, às expensas do interessado;
- c) perfuração e instalação de poços;
- d) obras de irrigação;
- e) aquisição ou construção de silos e construção de armazéns e fenus nas fazendas;
- f) aquisição ou reforma de equipamentos e máquinas agrícolas ou industriais e aquisição de reprodutores e animais de trabalho;
- g) produção de energia elétrica;

- h) plantação técnica e intensiva de árvores próprias à ecologia regional, especialmente as xerófilas de reconhecido valor econômico;
- i) serviços e obras de saneamento e desobstrução e limpeza de rios e canais;
- j) financiamento de safras agrícolas em geral, de preferência por intermédio de cooperativas agrícolas;
- k) financiamento, mediante penhor mercantil, dos produtos da região até o limite máximo de oitenta por cento (80%) de seu valor comercial, ou do preço mínimo, oficialmente fixado;
- l) construção e instalação de armazéns, nos centros de coleta e distribuição, e de usinas de beneficiamento e industrialização de produtos da região, e que concorram para o desenvolvimento e estabilidade da produção agropecuária;
- m) desenvolvimento e criação de indústrias, inclusive artesanais e domésticas, que aproveitem matérias-primas locais, que ocupem com maior produtividade as populações ou que sejam essenciais à elevação dos seus níveis de consumo essencial, no Polígono das Sêcas;
- n) aquisições, preparo e loteamento de terras para venda de pequenas propriedades rurais, a prazo longo, bem como despesas de transporte e sustento de colono durante o período inicial; atendidas, porém, as exigências da lei bancária comum ou dos estatutos quanto à manutenção de reservas em propriedades imobiliárias.

Art. 9º O Banco do Nordeste do Brasil poderá fazer empréstimos a Prefeituras Municipais no Polígono das Sêcas, para qualquer um dos fins previstos nas letras *a* a *i* do artigo anterior, e bem assim para a realização de serviços de água e esgotos, mediante a utilização dos recursos a que se referem as letras *c* , *d* e *e* , do art. 4º.

Art. 10. Poderá ainda o Banco do Nordeste do Brasil realizar, em benefício de empreendimentos que promovam o desenvolvimento econômico da região compreendida no Polígono das Sêcas, todas as operações habituais dos corretores e bancos ou sociedades de investimento, permitidas pela lei, como sejam:

- a) estudar empreendimentos econômicos e oferecê-los ao capital privado ou lançá-los a subscrição pública, na área de sua operação;
- b) garantir a tomada de determinada quota do capital e o adquirir, para revenda posterior;
- c) financiar mediante hipoteca;
- d) adquirir ou construir e ceder em locação, com opção de compra os imóveis convenientes à instalação de fábricas, uma vez possam êles ser facilmente utilizáveis por outras emprêssas ou para outros fins;
- e) colaborar com bancos e sociedades de investimentos para a realização de empreendimentos que correspondam às suas finalidades.

Parágrafo único. Para os fins das letras *b* a *e* dêste artigo, o Banco poderá emitir títulos de rendimento fixo ou variável, conforme fôr permitido pela lei.

CAPÍTULO V

CONDIÇÕES DAS OPERAÇÕES

Art. 11. Os prazos, juros e outras condições dos empréstimos serão fixados, atendendo aos aspectos econômicos dos empreendimentos e projetos, à existência dos recursos e à finalidade assistencial do Banco.

Art. 12. Na regulamentação desta lei, ou nos atos constitutivos a que se refere o art. 1º, o Poder Executivo determinará a prioridade e as

condições, nela não previstas, das operações do Banco.

Art. 13. Os recursos da conta especial a que se refere o art. 6º, somente poderão ser aplicados, para qualquer dos fins previstos no art. 8º desta lei, em empréstimos a agricultores e industriais estabelecidos na área do Polígono das Sêcas, inclusive empresas agrícolas, empresas industriais e cooperativas.

§ 1º Vetado.

§ 2º Nos casos das letras *j* a *n*, os prazos, juros e demais condições serão estabelecidos na conformidade do que dispõem os arts. 11 e 12.

§ 3º Vetado.

§ 4º Vetado.

Art. 14. Vetado.

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 15. A parte do capital subscrito pelo Governo da União, de acordo com os §§ 2º e 3º do art. 5º, não terá direito a dividendos, se às ações subscritas por outras pessoas físicas e jurídicas não couber um dividendo mínimo de 10%. Os dividendos que tocarem à União não poderão ser retirados.

Parágrafo único. Não serão abonados juros aos depósitos previstos no art. 6º.

Art. 16. O Banco do Nordeste do Brasil operará, sempre que possível, em colaboração com outros bancos e de preferência através de agências locais de bancos nacionais, particularmente os de caráter cooperativo ou de controle da União e dos Estados e Municípios.

Parágrafo único. O Banco do Nordeste do Brasil dará preferência, igualmente, às operações por intermédio de cooperativas, e a financiamentos diretos a essas entidades, para as quais serão estabelecidas condições mais favoráveis.

Art. 17. O Poder Executivo, ao adotar as providências autorizadas no § 3º do art. 5º, e ao regulamentar as operações do Banco, levará em conta a necessidade de um nível mínimo de liquidez, a fim de reforçar a reserva líquida constituída para socorro às populações atingidas pelas sécas.

Parágrafo único. O regulamento estabelecerá os favores especiais que devam ter os tomadores de empréstimo nos anos de seca, sob a forma de redução, isenção ou adiamento de pagamento de juros e amortizações, conforme a natureza das operações e a gravidade local do flagelo.

Art. 18. O Departamento Nacional de Obras Contra as Sêcas e outros órgãos públicos prestarão ao Banco a assistência técnica que estiver a seu alcance.

Parágrafo único. O Banco, por sua vez, colaborará, através do Escritório Técnico de estudos econômicos, que manterá, no exame dos problemas da região a cargo do Departamento Nacional de Obras Contra as Sêcas.

Art. 19. O Banco apresentará anualmente ao Poder Executivo, até 31 de janeiro, relatório sobre suas atividades, o qual será remetido ao Congresso juntamente com a conta de movimento, a que se refere o art. 11 da Lei nº 1.004.

Art. 20. É o Poder Executivo autorizado a dar a garantia do Tesouro para os depósitos e os títulos emitidos pelo Banco do Nordeste, bem como para os empréstimos que faça no estrangeiro, destinados a

empreendimentos econômicos e que sejam prèviamente submetidos ao exame e aprovação dos órgãos próprios da administração federal.

Art. 21. A parte da reserva a que se refere o § 1º do art. 198 da Constituição, e que não seja depositada no Banco do Nordeste ou integrada no seu capital, na forma desta Lei, poderá constituir depósito especial no Banco do Brasil, para atender à finalidade do § 1º do art. 1º da Lei nº 1.004, conforme as condições que forem contratadas entre êste e o Governo.

Art. 22. O Poder Executivo, ouvido o Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito, poderá autorizar a que no Banco do Nordeste possam ser realizados, em condições equiparadas às do Banco do Brasil, depósitos do Tesouro e de órgãos e entidades públicas, depósitos judiciais e outros depósitos ou tomada de títulos, determinados pela Lei a instituições públicas ou subordinadas a contrôle público em suas aplicações financeiras.

Parágrafo único. Os órgãos e entidades públicas cuja atuação, no todo ou em parte, se faça na área do Polígono das Sêcas, utilizarão sempre que isso não prejudique suas atividades, quanto aos recursos financeiros mobilizados na região, os serviços bancários do Banco do Nordeste.

Art. 23. O art. 1º e seu § 3º da Lei nº 1.004, de 24 de dezembro de 1949, passam a ter a seguinte redação:

“Art. 1º A Lei orçamentária consignará, anualmente, uma dotação global correspondente a 1% (um por cento) da renda tributária prevista da União, para constituir o depósito especial de que trata o § 1º do art. 198 da Constituição Federal.”

“§ 3º Em nenhuma hipótese, a reserva especial, sem aplicação, destinada ao socorro às populações durante as calamidades, poderá ser inferior à quantia correspondente a 1% (um por cento) da renda tributária prevista.”

Art. 24. É vedado ao Banco do Nordeste do Brasil conceder empréstimos a pessoas físicas ou jurídicas que não sejam estabelecidas no Polígono das Sècas ou que não tenham atividades na referida área.

Art. 25. Os servidores do Banco do Nordeste do Brasil, excetuados os Diretores e os ocupantes de cargos técnicos, definidos no Regulamento, serão admitidos mediante concurso.

Art. 26. São revogados os arts. 3º a 10 da Lei nº 1.004, de 24 de dezembro de 1949, e as disposições em contrário.

Art. 27. Esta Lei entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 19 de julho de 1952; 131º da Independência e 64º da República.

GETÚLIO VARGAS

Horácio Lafer

Álvaro de Souza Lima

Osvaldo Carijó de Castro

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.7.1952

LEI Nº 7.827, DE 27 DE SETEMBRO DE 1989

Regulamenta o art. 159, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, institui o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE e o Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste - FCO, e dá outras providências.

LEI Nº 7.827, DE 27 DE SETEMBRO DE 1989

O PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Ficam criados o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE e o Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste - FCO, para fins de aplicação dos recursos de que trata a alínea c do inciso I do art. 159 da Constituição Federal, os quais se organizarão e funcionarão nos termos desta Lei.

I - Das Finalidades e Diretrizes Gerais

Art. 2º Os Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste têm por objetivo contribuir para o desenvolvimento econômico e social das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através das instituições financeiras federais de caráter regional, mediante a execução de programas de financiamento aos setores produtivos, em consonância com os respectivos planos regionais de desenvolvimento.

§ 1º Na aplicação de seus recursos, os Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste ficarão a salvo das restrições de controle monetário de natureza conjuntural e deverão destinar crédito diferenciado dos usualmente adotados pelas instituições financeiras, em função das reais necessidades das regiões beneficiárias.

§ 2º No caso da região Nordeste, o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste inclui a finalidade específica de financiar, em condições compatíveis com as peculiaridades da área, atividades econômicas do semi-árido, às quais destinará metade dos recursos ingressados nos termos do art. 159, inciso I, alínea c, da Constituição Federal.

Art. 3º Respeitadas as disposições dos Planos Regionais de Desenvolvimento, serão observadas as seguintes diretrizes na formulação dos programas de financiamento de cada um dos Fundos:

I - concessão de financiamentos exclusivamente aos setores produtivos das regiões beneficiadas;

II - ação integrada com instituições federais sediadas nas regiões;

III - tratamento preferencial às atividades produtivas de pequenos e miniprodutores rurais e pequenas e microempresas, às de uso intensivo de matérias-primas e mão-de-obra locais e as que produzam alimentos básicos para consumo da população, bem como aos projetos de irrigação, quando pertencentes aos citados produtores, suas associações e cooperativas;

IV - preservação do meio ambiente;

V - adoção de prazos e carência, limites de financiamento, juros e outros encargos diferenciados ou favorecidos, em função dos aspectos sociais, econômicos, tecnológicos e espaciais dos empreendimentos;

VI - conjugação do crédito com a assistência técnica, no caso de setores tecnologicamente carentes;

VII - orçamentação anual das aplicações dos recursos;

VIII - uso criterioso dos recursos e adequada política de garantias, com limitação das responsabilidades de crédito por cliente ou grupo econômico, de forma a atender a um universo maior de beneficiários e assegurar racionalidade, eficiência, eficácia e retorno às aplicações;

IX - apoio à criação de novos centros, atividades e pólos dinâmicos, notadamente em áreas interioranas, que estimulem a redução das disparidades intra-regionais de renda;

X - proibição de aplicação de recursos a fundo perdido;

XI - programação anual das receitas e despesas com nível de detalhamento que dê transparência à gestão dos Fundos e favoreça a participação das lideranças regionais com assento no conselho deliberativo das superintendências regionais de desenvolvimento;

XII - divulgação ampla das exigências de garantias e outros requisitos para a concessão de financiamento.

II - Dos Beneficiários

Art. 4º São beneficiários dos recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste os produtores e empresas, pessoas físicas e jurídicas, além das cooperativas de produção que desenvolvam atividades produtivas nos setores agropecuário, mineral, industrial e agroindustrial das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

§ 1º Os Fundos Constitucionais de Financiamento poderão financiar empreendimentos de infra-estrutura econômica, inclusive os de iniciativa de empresas públicas não dependentes de transferências financeiras do Poder Público, considerados prioritários para a economia em decisão do respectivo conselho deliberativo.

§ 2º No caso de produtores e empresas beneficiárias de fundos de incentivos regionais ou setoriais, a concessão de financiamentos de que trata esta Lei fica condicionada à regularidade da situação para com a Comissão de Valores Mobiliários - CVM e os citados fundos de incentivos.

§ 3º Os Fundos Constitucionais de Financiamento poderão financiar empreendimentos comerciais e de serviços até o limite de 20% (vinte por cento) dos recursos previstos, em cada ano, para esses Fundos, admitindo-se a diferenciação dos valores aplicados nas diversas Unidades da Federação, mediante decisão do respectivo conselho deliberativo, no

contexto da aprovação da programação anual de aplicação dos recursos, desde que o valor médio aplicado nessas finalidades não ultrapasse o limite de 20% (vinte por cento) em cada Fundo Constitucional.

Art. 5º Para efeito de aplicação dos recursos, entende-se por:

I - Norte, a região compreendida pelos Estados do Acre, Amazonas, Amapá, Pará, Roraima, Rondônia, e Tocantins;

II - Nordeste, a região abrangida pelos Estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia, além das partes dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo incluídas na área de atuação da Sudene;

III - Centro-Oeste, a região de abrangência dos Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás e Distrito Federal;

IV - semi-árido, a região natural inserida na área de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - Sudene, definida em portaria daquela Autarquia.

III - Dos Recursos e Aplicações

Art. 6º Constituem fontes de recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste:

I - 3% (três por cento) do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados, entregues pela União, na forma do art. 159, inciso I, alínea c da Constituição Federal;

II - os retornos e resultados de suas aplicações;

III - o resultado da remuneração dos recursos momentaneamente não aplicados, calculado com base em indexador oficial;

IV - contribuições, doações, financiamentos e recursos de outras origens, concedidos por entidades de direito público ou privado, nacionais ou estrangeiras;

V - dotações orçamentárias ou outros recursos previstos em lei.

Parágrafo único. Nos casos dos recursos previstos no inciso I deste artigo, será observada a seguinte distribuição:

I - 0,6% (seis décimos por cento) para o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte;

II - 1,8% (um inteiro e oito décimos por cento) para o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste; e

III - 0,6% (seis décimos por cento) para o Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste.

Art. 7º A Secretaria do Tesouro Nacional liberará ao Ministério da Integração Nacional, nas mesmas datas e, no que couber, segundo a mesma sistemática adotada na transferência dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os valores destinados aos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, do Nordeste e do Centro-Oeste, cabendo ao Ministério da Integração Nacional, observada essa mesma sistemática, repassar os recursos diretamente em favor das instituições federais de caráter regional e do Banco do Brasil S.A.

Parágrafo único. O Ministério da Fazenda informará, mensalmente, ao Ministério da Integração Nacional, às respectivas superintendências regionais de desenvolvimento e aos bancos administradores dos Fundos Constitucionais de Financiamento a soma da arrecadação do imposto sobre a renda e provenientes de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados, o valor

das liberações efetuadas para cada Fundo, bem como a previsão de datas e valores das 3 (três) liberações imediatamente subseqüentes.

Art. 8º Os Fundos gozarão de isenção tributária, estando os seus resultados, rendimentos e operações de financiamento livres de qualquer tributo ou contribuição, inclusive o imposto sobre operações de crédito, imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e as contribuições do PIS, Pasep e Finsocial.

Art. 9º Observadas as diretrizes estabelecidas pelo Ministério da Integração Nacional, os bancos administradores poderão repassar recursos dos Fundos Constitucionais a outras instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, com capacidade técnica comprovada e com estrutura operacional e administrativa aptas a realizar, em segurança e no estrito cumprimento das diretrizes e normas estabelecidas, programas de crédito especificamente criados com essa finalidade.

Art. 9º-A. Os recursos dos Fundos Constitucionais poderão ser repassados aos próprios bancos administradores, para que estes, em nome próprio e com seu risco exclusivo, realizem as operações de crédito autorizadas por esta Lei e pela Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001.

§ 1º O montante dos repasses a que se refere o caput estará limitado a proporção do patrimônio líquido da instituição financeira, fixada pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º O retorno dos recursos aos Fundos Constitucionais se subordina à manutenção da proporção a que se refere o § 3º e independe do adimplemento, pelos mutuários, das obrigações contratadas pelas instituições financeiras com tais recursos.

§ 3º O retorno dos recursos aos Fundos Constitucionais, em decorrência de redução do patrimônio líquido das instituições financeiras,

será regulamentado pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 4º Nas operações realizadas nos termos deste artigo:

I - observar-se-ão os encargos estabelecidos no art. 1º da Lei nº 10.177, de 2001; e

II - o del credere das instituições financeiras:

a) fica limitado a seis por cento ao ano;

b) está contido nos encargos a que se refere o inciso I; e

c) será reduzido em percentual idêntico ao percentual garantido por fundos de aval.

§ 5º Os saldos diários das disponibilidades relativas aos recursos transferidos nos termos do caput serão remunerados pelas instituições financeiras com base na taxa extra-mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil.

§ 6º Os recursos transferidos e utilizados em operações de crédito serão remunerados pelos encargos pactuados com os mutuários, deduzido o del credere a que se refere o § 4º, inciso II;

§ 7º Os bancos administradores deverão manter sistema que permita consolidar as disponibilidades e aplicações dos recursos, independentemente de estarem em nome do Fundo Constitucional ou da instituição financeira.

§ 8º As instituições financeiras, nas operações de financiamento realizadas nos termos deste artigo, gozam da isenção tributária a que se refere o art. 8º desta Lei.

§ 9º Poderão ser considerados, para os efeitos deste artigo, os valores

que já tenham sido repassados às instituições financeiras e as operações de crédito respectivas.

§ 10. Na hipótese do § 9º:

I - não haverá risco de crédito para as instituições financeiras nas operações contratadas até 30 de novembro de 1998;

II - nas operações contratadas de 1º de dezembro de 1998 a 30 de junho de 2001, o risco de crédito das instituições financeiras fica limitado a cinqüenta por cento; e

III - o risco de crédito das instituições financeiras, mantendo-se inalterados os encargos pactuados com os mutuários:

a) fica reduzido a zero para as operações a que se refere o inciso I; e

b) fica limitado a três por cento para as operações a que se refere o inciso II.

§ 11. Para efeito do cálculo da taxa de administração a que fazem jus os bancos administradores, serão deduzidos do patrimônio líquido dos Fundos Constitucionais os valores repassados às instituições financeiras, nos termos deste artigo.

IV - Dos Encargos Financeiros

Art. 10. (Revogado pela Lei 9.126, de 10.11.1995)

Art. 11. (Artigo revogado pela Lei nº 10.177, de 12.1.2001)

Art. 12. (Revogado pela Lei 9.126, de 10.11.1995)

V - Da Administração

Art. 13. A administração dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste será distinta e autônoma e, observadas

as atribuições previstas em lei, exercida pelos seguintes órgãos:

I - Conselho Deliberativo das Superintendências de Desenvolvimento da Amazônia, do Nordeste e do Centro-Oeste;

II - Ministério da Integração Nacional; e

III - instituição financeira de caráter regional e Banco do Brasil S.A.

Art. 14. Cabe ao Conselho Deliberativo da respectiva superintendência de desenvolvimento das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste:

I - estabelecer, anualmente, as diretrizes, prioridades e programas de financiamento dos Fundos Constitucionais de Financiamento, em consonância com o respectivo plano regional de desenvolvimento;

II - aprovar, anualmente, até o dia 15 de dezembro, os programas de financiamento de cada Fundo para o exercício seguinte, estabelecendo, entre outros parâmetros, os tetos de financiamento por mutuário;

III - avaliar os resultados obtidos e determinar as medidas de ajustes necessárias ao cumprimento das diretrizes estabelecidas e à adequação das atividades de financiamento às prioridades regionais;

IV - encaminhar o programa de financiamento para o exercício seguinte, a que se refere o inciso II do caput deste artigo, juntamente com o resultado da apreciação e o parecer aprovado pelo Colegiado, à Comissão Mista permanente de que trata o § 1º do art. 166 da Constituição Federal, para conhecimento e acompanhamento pelo Congresso Nacional.

Parágrafo único. Até o dia 30 de outubro de cada ano, as instituições financeiras federais de caráter regional encaminharão, à apreciação do Conselho Deliberativo da respectiva superintendência de desenvolvimento regional, a proposta de aplicação dos recursos relativa aos programas

de financiamento para o exercício seguinte, a qual será aprovada até 15 de dezembro.

Art. 14-A. Cabe ao Ministério da Integração Nacional estabelecer as diretrizes e orientações gerais para as aplicações dos recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, de forma a compatibilizar os programas de financiamento com as orientações da política macroeconômica, das políticas setoriais e da Política Nacional de Desenvolvimento Regional.

Parágrafo único. O Ministério da Integração Nacional exercerá as competências relativas aos Conselhos Deliberativos das Superintendências de Desenvolvimento das Regiões Norte e Nordeste, de que trata o art. 14 desta Lei, até que sejam instalados os mencionados Conselhos.

Art. 15. São atribuições de cada uma das instituições financeiras federais de caráter regional e do Banco do Brasil S.A., nos termos da lei:

I - aplicar os recursos e implementar a política de concessão de crédito de acordo com os programas aprovados pelos respectivos Conselhos Deliberativos;

II - definir normas, procedimentos e condições operacionais próprias da atividade bancária, respeitadas, dentre outras, as diretrizes constantes dos programas de financiamento aprovados pelos Conselhos Deliberativos de cada Fundo;

III - analisar as propostas em seus múltiplos aspectos, inclusive quanto à viabilidade econômica e financeira do empreendimento, mediante exame da correlação custo/benefício, e quanto à capacidade futura de reembolso do financiamento almejado, para, com base no resultado dessa análise, enquadrar as propostas nas faixas de encargos e deferir créditos;

IV - formalizar contratos de repasses de recursos na forma prevista no art. 9º;

V - prestar contas sobre os resultados alcançados, desempenho e estado dos recursos e aplicações ao Ministério da Integração Nacional e aos respectivos conselhos deliberativos;

VI - exercer outras atividades inerentes à aplicação dos recursos e à recuperação dos créditos, inclusive a de renegociar dívidas, nos termos definidos nos arts. 15-B, 15-C e 15-D desta Lei.

Parágrafo único. Até o dia 30 de setembro de cada ano, as instituições financeiras de que trata o caput encaminharão ao Ministério da Integração Nacional e às respectivas superintendências regionais de desenvolvimento para análise a proposta dos programas de financiamento para o exercício seguinte.

Art. 15-A. (Revogado pela Lei Complementar nº 125, de 2007)

Art. 15-B. Ficam convalidadas as liquidações de dívida efetuadas pelas instituições financeiras federais administradoras dos Fundos Constitucionais, que tenham sido realizadas em conformidade com as práticas e regulamentações bancárias das respectivas instituições e que tenham sido objeto de demanda judicial, recebidas pelo equivalente financeiro do valor dos bens passíveis de penhora dos devedores diretos e respectivos garantes, relativamente a operações concedidas com recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento, de que trata esta Lei.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se liquidada a dívida pelo equivalente financeiro do valor dos bens passíveis de penhora quando obtida mediante o desconto a uma taxa real que corresponda ao custo de oportunidade do Fundo que tenha provido os recursos financiadores da dívida liquidada, pelo tempo estimado para o desfecho da ação judicial, aplicada sobre o valor de avaliação dos referidos bens.

§ 2º A convalidação referida no caput deste dispositivo resultará

na anotação de restrição que impossibilitará a contratação de novas operações nas instituições financeiras federais, ressalvada a hipótese de o devedor inadimplente recolher ao respectivo Fundo financiador da operação o valor atualizado equivalente à diferença havida entre o que pagou na renegociação e o que deveria ter sido pago caso incidisse no cálculo os encargos de normalidade em sua totalidade, quando então poderá ser baixada a aludida anotação.

§ 3º As instituições financeiras federais administradoras dos Fundos Constitucionais deverão apresentar relatório ao Ministério da Integração Nacional, com a indicação dos quantitativos renegociados sob a metodologia referida no caput.

§ 4º O disposto neste artigo somente se aplica aos devedores que tenham investido corretamente os valores financiados, conforme previsto nos respectivos instrumentos de crédito.

Art. 15-C. As instituições financeiras federais poderão, nos termos do art. 15-B e parágrafos, proceder à liquidação de dívidas em relação às propostas cujas tramitações tenham sido iniciadas em conformidade com as práticas e regulamentações bancárias de cada instituição financeira federal.

Art. 15-D. Os administradores dos Fundos Constitucionais ficam autorizados a liquidar dívidas pelo equivalente financeiro do valor atual dos bens passíveis de penhora, observando regulamentação específica dos respectivos Conselhos Deliberativos, a qual deverá respeitar, no que couber, os critérios estabelecidos no art. 15-B.

Art. 16. O Banco da Amazônia S.A. - Basa, o Banco do Nordeste do Brasil S.A. - BNB e o Banco do Brasil S.A. - BB são os administradores do Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE e do Fundo

Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste - FCO, respectivamente.

§ 1º O Banco do Brasil S.A. transferirá a administração, patrimônio, operações e recursos do Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste - FCO para o Banco de Desenvolvimento do Centro-Oeste, após sua instalação e entrada em funcionamento, conforme estabelece o art. 34, § 11, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 2º (Parágrafo revogado pela Lei nº 10.177, de 12.1.2001)

Art. 17. (Revogado implicitamente pela Lei 10.177, de 12.1.2001 que revogou o art. 13 da Lei 9.126/1995)

VI - Do Controle e Prestação de Contas

Art. 18. Cada Fundo terá contabilidade própria, registrando todos os atos e fatos a ele referentes, valendo-se, para tal, do sistema contábil da respectiva instituição financeira federal de caráter regional, no qual deverão ser criados e mantidos subtítulos específicos para esta finalidade, com apuração de resultados à parte.

Art. 18-A. Observadas as orientações gerais estabelecidas pelo Ministério da Integração Nacional, às Superintendências do Desenvolvimento da Amazônia, do Nordeste e do Centro-Oeste cabem a implantação e a manutenção de ouvidorias para atender às sugestões e reclamações dos agentes econômicos e de suas entidades representativas quanto às rotinas e procedimentos empregados na aplicação dos recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento.

Parágrafo único. As ouvidorias a que se refere o caput deste artigo terão seu funcionamento guiado por regulamento próprio, que estabelecerá as responsabilidades e as possibilidades das partes envolvidas, reservando-se às instituições financeiras a obrigação de

fornecimento das informações e justificações necessárias à completa elucidação dos fatos ocorridos e à superação dos problemas detectados.

Art. 19. As instituições financeiras federais de caráter regional farão publicar semestralmente os balanços dos respectivos Fundos, devidamente auditados.

Art. 20. Os bancos administradores dos Fundos Constitucionais de Financiamento apresentarão, semestralmente, ao Ministério da Integração Nacional e às respectivas superintendências regionais de desenvolvimento relatório circunstaciado sobre as atividades desenvolvidas e os resultados obtidos.

§ 1º O exercício financeiro de cada Fundo coincidirá com o ano civil, para fins de apuração de resultados e apresentação de relatórios.

§ 2º Deverá ser contratada auditoria externa, às expensas do Fundo, para certificação do cumprimento das disposições constitucionais e legais estabelecidas, além do exame das contas e outros procedimentos usuais de auditagem.

§ 3º Os bancos administradores deverão colocar à disposição dos órgãos de fiscalização competentes os demonstrativos, com posições de final de mês, dos recursos, aplicações e resultados dos Fundos respectivos.

§ 4º O relatório de que trata o caput deste artigo, acompanhado das demonstrações contábeis, devidamente auditadas, será encaminhado pelo respectivo conselho deliberativo da superintendência do desenvolvimento, juntamente com sua apreciação, às comissões que tratam da questão das desigualdades inter-regionais de desenvolvimento na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, para efeito de fiscalização e controle.

§ 5º O relatório de que trata o caput deste artigo, acompanhado das

demonstrações contábeis, devidamente auditadas, será encaminhado pelo respectivo conselho deliberativo de desenvolvimento regional, juntamente com sua apreciação, a qual levará em consideração o disposto no § 4º deste artigo, à Comissão Mista permanente de que trata o § 1º do art. 166 da Constituição Federal, para efeito de fiscalização e controle, devendo ser apreciado na forma e no prazo do seu regimento interno.

VII - Das Disposições Gerais e Transitórias

Art. 21. Até a aprovação da proposta prevista no inciso I do art. 14 desta Lei, ficam as instituições financeiras federais de caráter regional autorizadas a aplicar os recursos dos respectivos Fundos de acordo com as diretrizes gerais estabelecidas no art. 3º desta Lei.

§ 1º Dentro de 60 (sessenta) dias, a partir da publicação desta Lei, as instituições financeiras federais de caráter regional apresentarão, aos Conselhos Deliberativos das respectivas superintendências de desenvolvimento regional, as propostas de programas de financiamento de que trata o parágrafo único do art. 14 desta Lei, as quais deverão ser aprovadas até 60 (sessenta) dias após o recebimento.

§ 2º As operações realizadas antes da aprovação de que trata o parágrafo anterior, pelas instituições financeiras federais de caráter regional, com os recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ficam ao abrigo desta Lei, inclusive para efeito de eventuais benefícios financeiros.

Art. 22. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 23. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 27 de setembro de 1989; 168º da Independência e 101º da República.

ANTÔNIO PAES DE ANDRADE

Paulo César Ximenes Alves Ferreira

João Alves Filho

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 28.9.1989

LEI Nº 11.908, DE 3 DE MARÇO DE 2009

Autoriza o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias e a adquirirem participação em instituições financeiras sediadas no Brasil; altera as Leis nºs 7.940, de 20 de dezembro de 1989, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 11.524, de 24 de setembro de 2007, e 11.774, de 17 de setembro de 2008; e dá outras providências.

LEI Nº 11.908, DE 3 DE MARÇO DE 2009.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal ficam autorizados a constituir subsidiárias integrais ou controladas, com vistas no cumprimento de atividades de seu objeto social.

Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do caput do art. 10 daquela Lei.

§ 1º Para a aquisição prevista no caput deste artigo, o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal contratarão empresas avaliadoras especializadas, cujos dirigentes não possuam interesses nas empresas sujeitas à avaliação, observada a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, dispensado o procedimento licitatório em casos de justificada urgência.

§ 2º Na hipótese prevista no caput deste artigo, percentual do preço a ser desembolsado na operação de aquisição de participação societária poderá ser apartado para depósito em conta aberta na instituição financeira adquirente, para fazer frente a eventuais passivos contingentes não identificados, ficando o Banco do Brasil S.A. ou a Caixa Econômica Federal, conforme o caso, autorizado a debitar a referida conta sempre que identificado algum passivo dessa ordem, nos termos fixados no contrato de aquisição.

§ 3º É vedada a participação ou a aquisição de controle acionário das instituições referidas no art. 77 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, assim como a aquisição exclusivamente de carteiras de planos de previdência privada na modalidade de benefício definido.

§ 4º A autorização prevista no caput deste artigo é válida até 30 de junho de 2011, podendo ser prorrogada por até 12 (doze) meses, mediante ato do Poder Executivo.

Art. 3º A realização dos negócios jurídicos mencionados nos arts. 1º e 2º desta Lei poderá ocorrer sob qualquer forma de aquisição de ações ou participações societárias previstas em lei.

Parágrafo único. Os negócios jurídicos referidos no caput deste artigo com sociedades do ramo da construção civil serão realizados com empresas constituídas sob a forma de Sociedades de Propósito Específico - SPE para a execução de empreendimentos imobiliários, inclusive mediante emissão de debêntures conversíveis em ações.

Art. 4º Fica autorizada a criação da empresa CAIXA - Banco de Investimentos S.A., sociedade por ações, subsidiária integral da Caixa Econômica Federal, com o objetivo de explorar atividades de banco de investimento, participações e demais operações previstas na legislação aplicável.

Art. 5º Fica dispensada de procedimento licitatório a venda para o Banco do Brasil S.A. e Caixa Econômica Federal de participação acionária em instituições financeiras públicas.

Art. 6º Fica o Banco Central do Brasil autorizado a realizar operações de swap de moedas com bancos centrais de outros países, nos limites e condições fixados pelo Conselho Monetário Nacional.

Art. 7º Fica a União autorizada a conceder crédito ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, no valor de até R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais), em condições financeiras e contratuais a serem definidas pelo Ministro de Estado da Fazenda, para ser utilizado na abertura de linhas de crédito para capital de giro das empresas contratadas pelos governos federal, estaduais ou municipais, para execução de obras de infra-estrutura no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.

§ 1º O crédito será concedido assegurada a equivalência econômica da operação em relação ao custo de captação de longo prazo do Tesouro Nacional, na data de sua efetivação.

§ 2º Para fazer frente aos recursos de que trata o caput deste artigo, a União poderá emitir, sob a forma de colocação direta em favor do BNDES, títulos da dívida pública mobiliária federal, cujas características serão definidas pelo Ministro da Fazenda.

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º O inciso I do § 1º do art. 29 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea c:

"Art. 29.

§ 1º

I -

.....

c) bens de que trata o § 1º-C do art. 4º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que gozem do benefício referido no caput do mencionado artigo;

.....” (NR)

Art. 10. O art. 1º da Lei nº 11.524, de 24 de setembro de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

.....

§ 6º O prazo para contratação das operações encerra-se em 30 de junho de 2009.

.....” (NR)

Art. 11. A Lei nº 11.774, de 17 de setembro de 2008, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 13-A:

“Art. 13-A As empresas dos setores de tecnologia da informação - TI e de tecnologia da informação e da comunicação - TIC poderão excluir do lucro líquido os custos e despesas com capacitação de pessoal que atua no desenvolvimento de programas de computador (software), para efeito de apuração do lucro real, sem prejuízo da dedução normal.

Parágrafo único. A exclusão de que trata o caput deste artigo fica limitada ao valor do lucro real antes da própria exclusão, vedado o aproveitamento de eventual excesso em período de apuração posterior.”

Art. 12. Ficam incluídas na Tabela D a que se refere o inciso II do caput do art. 4º da Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989, sujeitas à alíquota de 0,05% (cinco centésimos por cento), as operações de registro de distribuição de Certificados de Recebíveis do Agronegócio e de Certificados de Recebíveis Imobiliários, da seguinte forma:

“Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989

TABELA “D” (Art. 4º, II)

Taxa Estabelecida em Função do Valor do Registro

Tipo de Operação	Alíquota
Registro de distribuição de Certificados de Recebíveis do Agronegócio e de Certificados de Recebíveis Imobiliários	0,05
"	

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de março de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Guido Mantega

Paulo Bernardo Silva

José Antonio Dias Toffoli

Henrique de Campos Meirelles

Este texto não substitui o publicado no DOU de 4.3.2009

DECRETO Nº 7.153, DE 9 DE ABRIL DE 2010

Dispõe sobre a representação e a defesa extrajudicial dos órgãos e entidades da administração federal junto ao Tribunal de Contas da União, por intermédio da Advocacia-Geral da União.

DECRETO Nº 7.153, DE 9 DE ABRIL DE 2010

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea “a”, e tendo em vista o disposto no art. 131, ambos da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º A Advocacia-Geral da União exercerá a representação e a defesa extrajudicial dos órgãos e entidades da administração federal perante o Tribunal de Contas da União, nos processos em que houver interesse da União, declarado expressamente pelo Advogado-Geral da União, sem prejuízo do exercício do direito de defesa por parte dos agentes públicos sujeitos à sua jurisdição.

§ 1º A Consultoria-Geral da União da Advocacia-Geral da União será a responsável por exercer a orientação da representação e da defesa extrajudicial da União e dos órgãos e entidades da administração federal direta e indireta perante o Tribunal de Contas da União.

§ 2º A assunção da representação e da defesa extrajudicial, nos termos do caput, dar-se-á de forma gradativa, conforme ato a ser editado pelo Advogado-Geral da União, e não exime os gestores de suas responsabilidades.

§ 3º A defesa dos gestores pela Advocacia-Geral da União, perante o Tribunal de Contas da União, dar-se-á na ocorrência de:

I - atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União e de suas entidades da administração indireta; e

II - atos praticados em observância dos princípios elencados no caput do art. 37 da Constituição.

§ 4º A representação e a defesa extrajudicial de que trata o caput não se confundem com o exercício das competências do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.

Art. 2º Fica instituído o Comitê Interministerial - TCU (CI-TCU), que será responsável pela coordenação da representação e da defesa extrajudicial da União e dos órgãos e entidades da administração federal direta e indireta perante o Tribunal de Contas da União, composto por um representante, titular e suplente, de cada órgão a seguir indicado:

I - Advocacia-Geral da União, que o coordenará;

II - Casa Civil da Presidência da República;

III - Ministério da Fazenda;

IV - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; e

V - Controladoria-Geral da União.

§ 1º Os representantes do CI-TCU serão indicados pelos respectivos Ministros de Estado, no prazo de quinze dias contado da publicação deste Decreto, e designados pelo Advogado-Geral da União.

§ 2º O CI-TCU reunir-se-á mediante convocação do seu coordenador.

§ 3º O CI-TCU poderá convidar para participar das reuniões representantes de outros órgãos ou entidades da administração federal, para prestarem informações e emitirem pareceres.

§ 4º Poderão ser instituídos, nos termos definidos pelo CI-TCU, comitês de articulação estaduais, integrados por representantes de órgãos e entidades da administração federal.

§ 5º O CI-TCU, com a colaboração de representantes da área técnica

e jurídica dos órgãos e entidades diretamente relacionadas com o objeto do processo em curso no Tribunal de Contas da União, será responsável pela coordenação da respectiva atuação processual junto ao Tribunal de Contas da União.

Art. 3º A Advocacia-Geral da União, diretamente ou por intermédio de seus órgãos vinculados, poderá requisitar junto aos órgãos e entidades da administração federal os elementos de fato e de direito necessários para desempenhar as representações previstas neste Decreto.

Parágrafo único. As requisições objeto deste artigo terão tratamento preferencial e serão atendidas no prazo nelas assinalado.

Art. 4º Para os fins de execução da representação e da defesa extrajudicial previstas neste Decreto, os órgãos e entidades da administração federal direta e indireta envolvidos poderão delegar competências entre si, bem como firmar convênios, acordos de cooperação, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Art. 5º O Advogado-Geral da União editará normas complementares para execução do disposto neste Decreto.

Art. 6º Este Decreto entra em vigor em trinta dias a contar da sua publicação, exceto o art. 5º, que terá vigência a partir da data de sua publicação.

Brasília, 9 de abril de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luis Inácio Lucena Adams

Este texto não substitui o publicado no DOU de 12.4.2010

LEI Nº 12.232, DE 29 DE ABRIL DE 2010

Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências.

LEI Nº 12.232, DE 29 DE ABRIL DE 2010

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela administração pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º Subordinam-se ao disposto nesta Lei os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, as pessoas da administração indireta e todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes referidos no caput deste artigo.

§ 2º As Leis nºs 4.680, de 18 de junho de 1965, e 8.666, de 21 de junho de 1993, serão aplicadas aos procedimentos licitatórios e aos contratos regidos por esta Lei, de forma complementar.

Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.

§ 1º Nas contratações de serviços de publicidade, poderão ser incluídos como atividades complementares os serviços especializados pertinentes:

I - ao planejamento e à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento sobre o mercado, o público-alvo, os meios de divulgação nos quais serão difundidas as peças e ações publicitárias ou sobre os resultados das campanhas realizadas, respeitado o disposto no art. 3º desta Lei;

II - à produção e à execução técnica das peças e projetos publicitários criados;

III - à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária, em consonância com novas tecnologias, visando à expansão dos efeitos das mensagens e das ações publicitárias.

§ 2º Os contratos de serviços de publicidade terão por objeto somente as atividades previstas no caput e no § 1º deste artigo, vedada a inclusão de quaisquer outras atividades, em especial as de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou as que tenham por finalidade a realização de eventos festivos de qualquer natureza, as quais serão contratadas por meio de procedimentos licitatórios próprios, respeitado o disposto na legislação em vigor.

§ 3º Na contratação dos serviços de publicidade, facilita-se a adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, mediante justificativa no processo de licitação.

§ 4º Para a execução das ações de comunicação publicitária realizadas no âmbito dos contratos decorrentes das licitações previstas no § 3º deste artigo, o órgão ou a entidade deverá, obrigatoriamente, instituir procedimento de seleção interna entre as contratadas, cuja metodologia será aprovada pela administração e publicada na imprensa oficial.

Art. 3º As pesquisas e avaliações previstas no inciso I do § 1º do

art. 2º desta Lei terão a finalidade específica de aferir o desenvolvimento estratégico, a criação e a veiculação e de possibilitar a mensuração dos resultados das campanhas publicitárias realizadas em decorrência da execução do contrato.

Parágrafo único. É vedada a inclusão nas pesquisas e avaliações de matéria estranha ou que não guarde pertinência temática com a ação publicitária ou com o objeto do contrato de prestação de serviços de publicidade.

Art. 4º Os serviços de publicidade previstos nesta Lei serão contratados em agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, e que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento.

§ 1º O certificado de qualificação técnica de funcionamento previsto no caput deste artigo poderá ser obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão - CENP, entidade sem fins lucrativos, integrado e gerido por entidades nacionais que representam veículos, anunciantes e agências, ou por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda.

§ 2º A agência contratada nos termos desta Lei só poderá reservar e comprar espaço ou tempo publicitário de veículos de divulgação, por conta e por ordem dos seus clientes, se previamente os identificar e tiver sido por eles expressamente autorizada.

CAPÍTULO II

DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

Art. 5º As licitações previstas nesta Lei serão processadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela contratação, respeitadas as

modalidades definidas no art. 22 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, adotando-se como obrigatórios os tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”.

Art. 6º A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º, e às seguintes:

I - os documentos de habilitação serão apresentados apenas pelos licitantes classificados no julgamento final das propostas, nos termos do inciso XI do art. 11 desta Lei;

II - as informações suficientes para que os interessados elaborem propostas serão estabelecidas em um briefing, de forma precisa, clara e objetiva;

III - a proposta técnica será composta de um plano de comunicação publicitária, pertinente às informações expressas no briefing, e de um conjunto de informações referentes ao proponente;

IV - o plano de comunicação publicitária previsto no inciso III deste artigo será apresentado em 2 (duas) vias, uma sem a identificação de sua autoria e outra com a identificação;

V - a proposta de preço conterá quesitos representativos das formas de remuneração vigentes no mercado publicitário;

VI - o julgamento das propostas técnicas e de preços e o julgamento final do certame serão realizados exclusivamente com base nos critérios especificados no instrumento convocatório;

VII - a subcomissão técnica prevista no § 1º do art. 10 desta Lei reavaliará a pontuação atribuída a um quesito sempre que a diferença

entre a maior e a menor pontuação for superior a 20% (vinte por cento) da pontuação máxima do quesito, com o fim de restabelecer o equilíbrio das pontuações atribuídas, de conformidade com os critérios objetivos postos no instrumento convocatório;

VIII - serão fixados critérios objetivos e automáticos de identificação da proposta mais vantajosa para a administração, no caso de empate na soma de pontos das propostas técnicas, nas licitações do tipo “melhor técnica”;

IX - o formato para apresentação pelos proponentes do plano de comunicação publicitária será padronizado quanto a seu tamanho, a fontes tipográficas, a espaçamento de parágrafos, a quantidades e formas dos exemplos de peças e a outros aspectos pertinentes, observada a exceção prevista no inciso XI deste artigo;

X - para apresentação pelos proponentes do conjunto de informações de que trata o art. 8º desta Lei, poderão ser fixados o número máximo de páginas de texto, o número de peças e trabalhos elaborados para seus clientes e as datas a partir das quais devam ter sido elaborados os trabalhos, e veiculadas, distribuídas, exibidas ou expostas as peças;

XI - na elaboração das tabelas, planilhas e gráficos integrantes do plano de mídia e não mídia, os proponentes poderão utilizar as fontes tipográficas que julgarem mais adequadas para sua apresentação;

XII - será vedada a aposição, a qualquer parte da via não identificada do plano de comunicação publicitária, de marca, sinal ou palavra que possibilite a identificação do seu proponente antes da abertura do invólucro de que trata o § 2º do art. 9º desta Lei;

XIII - será vedada a aposição ao invólucro destinado às informações de que trata o art. 8º desta Lei, assim como dos documentos nele contidos,

de informação, marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento que identifique a autoria do plano de comunicação publicitária, em qualquer momento anterior à abertura dos invólucros de que trata o § 2º do art. 9º desta Lei;

XIV - será desclassificado o licitante que descumprir o disposto nos incisos XII e XIII deste artigo e demais disposições do instrumento convocatório.

§ 1º No caso do inciso VII deste artigo, persistindo a diferença de pontuação prevista após a reavaliação do quesito, os membros da subcomissão técnica, autores das pontuações consideradas destoantes, deverão registrar em ata as razões que os levaram a manter a pontuação atribuída ao quesito reavaliado, que será assinada por todos os membros da subcomissão e passará a compor o processo da licitação.

§ 2º Se houver desclassificação de alguma proposta técnica por descumprimento de disposições do instrumento convocatório, ainda assim será atribuída pontuação a seus quesitos, a ser lançada em planilhas que ficarão acondicionadas em invólucro fechado e rubricado no fecho pelos membros da subcomissão técnica prevista no § 1º do art. 10 desta Lei, até que expirem os prazos para interposição de recursos relativos a essa fase da licitação, exceto nos casos em que o descumprimento resulte na identificação do proponente antes da abertura do invólucro de que trata o § 2º do art. 9º desta Lei.

Art. 7º O plano de comunicação publicitária de que trata o inciso III do art. 6º desta Lei será composto dos seguintes quesitos:

I - raciocínio básico, sob a forma de texto, que apresentará um diagnóstico das necessidades de comunicação publicitária do órgão ou entidade responsável pela licitação, a compreensão do proponente sobre o objeto da licitação e os desafios de comunicação a serem enfrentados;

II - estratégia de comunicação publicitária, sob a forma de texto, que indicará e defenderá as linhas gerais da proposta para suprir o desafio e alcançar os resultados e metas de comunicação desejadas pelo órgão ou entidade responsável pela licitação;

III - ideia criativa, sob a forma de exemplos de peças publicitárias, que corresponderão à resposta criativa do proponente aos desafios e metas por ele explicitados na estratégia de comunicação publicitária;

IV - estratégia de mídia e não mídia, em que o proponente explicitará e justificará a estratégia e as táticas recomendadas, em consonância com a estratégia de comunicação publicitária por ela sugerida e em função da verba disponível indicada no instrumento convocatório, apresentada sob a forma de textos, tabelas, gráficos, planilhas e por quadro resumo que identificará as peças a serem veiculadas ou distribuídas e suas respectivas quantidades, inserções e custos nominais de produção e de veiculação.

Art. 8º O conjunto de informações a que se refere o inciso III do art. 6º desta Lei será composto de quesitos destinados a avaliar a capacidade de atendimento do proponente e o nível dos trabalhos por ele realizados para seus clientes.

Art. 9º As propostas de preços serão apresentadas em 1 (um) invólucro e as propostas técnicas em 3 (três) invólucros distintos, destinados um para a via não identificada do plano de comunicação publicitária, um para a via identificada do plano de comunicação publicitária e outro para as demais informações integrantes da proposta técnica.

§ 1º O invólucro destinado à apresentação da via não identificada do plano de comunicação publicitária será padronizado e fornecido previamente pelo órgão ou entidade responsável pela licitação, sem nenhum tipo de identificação.

§ 2º A via identificada do plano de comunicação publicitária terá o mesmo teor da via não identificada, sem os exemplos de peças referentes à ideia criativa.

Art. 10. As licitações previstas nesta Lei serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial, com exceção da análise e julgamento das propostas técnicas.

§ 1º As propostas técnicas serão analisadas e julgadas por subcomissão técnica, constituída por, pelo menos, 3 (três) membros que sejam formados em comunicação, publicidade ou marketing ou que atuem em uma dessas áreas, sendo que, pelo menos, 1/3 (um terço) deles não poderão manter nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou a entidade responsável pela licitação.

§ 2º A escolha dos membros da subcomissão técnica dar-se-á por sorteio, em sessão pública, entre os nomes de uma relação que terá, no mínimo, o triplo do número de integrantes da subcomissão, previamente cadastrados, e será composta por, pelo menos, 1/3 (um terço) de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação.

§ 3º Nas contratações de valor estimado em até 10 (dez) vezes o limite previsto na alínea *a* do inciso II do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a relação prevista no § 2º deste artigo terá, no mínimo, o dobro do número de integrantes da subcomissão técnica e será composta por, pelo menos, 1/3 (um terço) de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação.

§ 4º A relação dos nomes referidos nos §§ 2º e 3º deste artigo será publicada na imprensa oficial, em prazo não inferior a 10 (dez) dias da data em que será realizada a sessão pública marcada para o sorteio.

§ 5º Para os fins do cumprimento do disposto nesta Lei, até 48 (quarenta e oito) horas antes da sessão pública destinada ao sorteio, qualquer interessado poderá impugnar pessoa integrante da relação a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo, mediante fundamentos jurídicos plausíveis.

§ 6º Admitida a impugnação, o impugnado terá o direito de abster-se de atuar na subcomissão técnica, declarando-se impedido ou suspeito, antes da decisão da autoridade competente.

§ 7º A abstenção do impugnado ou o acolhimento da impugnação, mediante decisão fundamentada da autoridade competente, implicará, se necessário, a elaboração e a publicação de nova lista, sem o nome impugnado, respeitado o disposto neste artigo.

§ 8º A sessão pública será realizada após a decisão motivada da impugnação, em data previamente designada, garantidos o cumprimento do prazo mínimo previsto no § 4º deste artigo e a possibilidade de fiscalização do sorteio por qualquer interessado.

§ 9º O sorteio será processado de modo a garantir o preenchimento das vagas da subcomissão técnica, de acordo com a proporcionalidade do número de membros que mantenham ou não vínculo com o órgão ou entidade responsável pela licitação, nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.

§ 10. Nas licitações previstas nesta Lei, quando processadas sob a modalidade de convite, a subcomissão técnica, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e sempre que for comprovadamente impossível o cumprimento do disposto neste artigo, será substituída pela comissão permanente de licitação ou, inexistindo esta, por servidor formalmente designado pela autoridade competente, que deverá possuir conhecimentos na área de comunicação, publicidade ou marketing.

Art. 11. Os invólucros com as propostas técnicas e de preços serão entregues à comissão permanente ou especial na data, local e horário determinados no instrumento convocatório.

§ 1º Os integrantes da subcomissão técnica não poderão participar da sessão de recebimento e abertura dos invólucros com as propostas técnicas e de preços.

§ 2º Os invólucros padronizados com a via não identificada do plano de comunicação publicitária só serão recebidos pela comissão permanente ou especial se não apresentarem marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento capaz de identificar a licitante.

§ 3º A comissão permanente ou especial não lançará nenhum código, sinal ou marca nos invólucros padronizados nem nos documentos que compõem a via não identificada do plano de comunicação publicitária.

§ 4º O processamento e o julgamento da licitação obedecerão ao seguinte procedimento:

I - abertura dos 2 (dois) invólucros com a via não identificada do plano de comunicação e com as informações de que trata o art. 8º desta Lei, em sessão pública, pela comissão permanente ou especial;

II - encaminhamento das propostas técnicas à subcomissão técnica para análise e julgamento;

III - análise individualizada e julgamento do plano de comunicação publicitária, desclassificando-se as que desatenderem as exigências legais ou estabelecidas no instrumento convocatório, observado o disposto no inciso XIV do art. 6º desta Lei;

IV - elaboração de ata de julgamento do plano de comunicação publicitária e encaminhamento à comissão permanente ou especial,

juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso;

V - análise individualizada e julgamento dos quesitos referentes às informações de que trata o art. 8º desta Lei, desclassificando-se as que desatenderem quaisquer das exigências legais ou estabelecidas no instrumento convocatório;

VI - elaboração de ata de julgamento dos quesitos mencionados no inciso V deste artigo e encaminhamento à comissão permanente ou especial, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso;

VII - realização de sessão pública para apuração do resultado geral das propostas técnicas, com os seguintes procedimentos:

a) abertura dos invólucros com a via identificada do plano de comunicação publicitária;

b) cotejo entre as vias identificadas e não identificadas do plano de comunicação publicitária, para identificação de sua autoria;

c) elaboração de planilha geral com as pontuações atribuídas a cada um dos quesitos de cada proposta técnica;

d) proclamação do resultado do julgamento geral da proposta técnica, registrando-se em ata as propostas desclassificadas e a ordem de classificação;

VIII - publicação do resultado do julgamento da proposta técnica, com a indicação dos proponentes desclassificados e da ordem de classificação organizada pelo nome dos licitantes, abrindo-se prazo para interposição de recurso, conforme disposto na alínea b do inciso I do art. 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

IX - abertura dos invólucros com as propostas de preços, em sessão pública, obedecendo-se ao previsto nos incisos II, III e IV do § 1º do art. 46 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nas licitações do tipo “melhor técnica”, e ao disposto no § 2º do art. 46 da mesma Lei, nas licitações do tipo “técnica e preço”;

X - publicação do resultado do julgamento final das propostas, abrindo-se prazo para interposição de recurso, conforme disposto na alínea b do inciso I do art. 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

XI - convocação dos licitantes classificados no julgamento final das propostas para apresentação dos documentos de habilitação;

XII - recebimento e abertura do invólucro com os documentos de habilitação dos licitantes previstos no inciso XI deste artigo, em sessão pública, para análise da sua conformidade com as condições estabelecidas na legislação em vigor e no instrumento convocatório;

XIII - decisão quanto à habilitação ou inabilitação dos licitantes previstos no inciso XI deste artigo e abertura do prazo para interposição de recurso, nos termos da alínea a do inciso I do art. 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

XIV - reconhecida a habilitação dos licitantes, na forma dos incisos XI, XII e XIII deste artigo, será homologado o procedimento e adjudicado o objeto licitado, observado o disposto no § 3º do art. 2º desta Lei.

Art. 12. O descumprimento, por parte de agente do órgão ou entidade responsável pela licitação, dos dispositivos desta Lei destinados a garantir o julgamento do plano de comunicação publicitária sem o conhecimento de sua autoria, até a abertura dos invólucros de que trata a alínea a do inciso VII do § 4º do art. 11 desta Lei, implicará a anulação do certame, sem prejuízo da apuração

de eventual responsabilidade administrativa, civil ou criminal dos envolvidos na irregularidade.

CAPÍTULO III

DOS CONTRATOS DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE E DA SUA EXECUÇÃO

Art. 13. A definição do objeto do contrato de serviços previstos nesta Lei e das cláusulas que o integram dar-se-á em estrita vinculação ao estabelecido no instrumento convocatório da licitação e aos termos da legislação em vigor.

Parágrafo único. A execução do contrato dar-se-á em total conformidade com os termos e condições estabelecidas na licitação e no respectivo instrumento contratual.

Art. 14. Somente pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pelo contratante poderão fornecer ao contratado bens ou serviços especializados relacionados com as atividades complementares da execução do objeto do contrato, nos termos do § 1º do art. 2º desta Lei.

§ 1º O fornecimento de bens ou serviços especializados na conformidade do previsto no caput deste artigo exigirá sempre a apresentação pelo contratado ao contratante de 3 (três) orçamentos obtidos entre pessoas que atuem no mercado do ramo do fornecimento pretendido.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, o contratado procederá à coleta de orçamentos de fornecedores em envelopes fechados, que serão abertos em sessão pública, convocada e realizada sob fiscalização do contratante, sempre que o fornecimento de bens ou serviços tiver valor superior a 0,5% (cinco décimos por cento) do valor global do contrato.

§ 3º O fornecimento de bens ou serviços de valor igual ou inferior a 20% (vinte por cento) do limite previsto na alínea *a* do inciso II do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, está dispensado do procedimento previsto no § 2º deste artigo.

Art. 15. Os custos e as despesas de veiculação apresentados ao contratante para pagamento deverão ser acompanhados da demonstração do valor devido ao veículo, de sua tabela de preços, da descrição dos descontos negociados e dos pedidos de inserção correspondentes, bem como de relatório de checagem de veiculação, a cargo de empresa independente, sempre que possível.

Parágrafo único. Pertencem ao contratante as vantagens obtidas em negociação de compra de mídia diretamente ou por intermédio de agência de propaganda, incluídos os eventuais descontos e as bonificações na forma de tempo, espaço ou reaplicações que tenham sido concedidos pelo veículo de divulgação.

Art. 16. As informações sobre a execução do contrato, com os nomes dos fornecedores de serviços especializados e veículos, serão divulgadas em sítio próprio aberto para o contrato na rede mundial de computadores, garantido o livre acesso às informações por quaisquer interessados.

Parágrafo único. As informações sobre valores pagos serão divulgadas pelos totais de cada tipo de serviço de fornecedores e de cada meio de divulgação.

Art. 17. As agências contratadas deverão, durante o período de, no mínimo, 5 (cinco) anos após a extinção do contrato, manter acervo comprobatório da totalidade dos serviços prestados e das peças publicitárias produzidas.

CAPÍTULO IV

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 18. É facultativa a concessão de planos de incentivo por veículo de divulgação e sua aceitação por agência de propaganda, e os frutos deles resultantes constituem, para todos os fins de direito, receita própria da agência e não estão compreendidos na obrigação estabelecida no parágrafo único do art. 15 desta Lei.

§ 1º A equação econômico-financeira definida na licitação e no contrato não se altera em razão da vigência ou não de planos de incentivo referidos no caput deste artigo, cujos frutos estão expressamente excluídos dela.

§ 2º As agências de propaganda não poderão, em nenhum caso, sobrepor os planos de incentivo aos interesses dos contratantes, preterindo veículos de divulgação que não os concedam ou priorizando os que os ofereçam, devendo sempre conduzir-se na orientação da escolha desses veículos de acordo com pesquisas e dados técnicos comprovados.

§ 3º O desrespeito ao disposto no § 2º deste artigo constituirá grave violação aos deveres contratuais por parte da agência contratada e a submeterá a processo administrativo em que, uma vez comprovado o comportamento injustificado, implicará a aplicação das sanções previstas no caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 19. Para fins de interpretação da legislação de regência, valores correspondentes ao desconto-padrão de agência pela concepção, execução e distribuição de propaganda, por ordem e conta de clientes anunciantes, constituem receita da agência de publicidade e, em consequência, o veículo de divulgação não pode, para quaisquer fins, faturar e contabilizar tais valores como receita própria, inclusive quando o repasse do desconto-

padrão à agência de publicidade for efetivado por meio de veículo de divulgação.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 20. O disposto nesta Lei será aplicado subsidiariamente às empresas que possuem regulamento próprio de contratação, às licitações já abertas, aos contratos em fase de execução e aos efeitos pendentes dos contratos já encerrados na data de sua publicação.

Art. 21. Serão discriminadas em categorias de programação específicas no projeto e na lei orçamentária anual as dotações orçamentárias destinadas às despesas com publicidade institucional e com publicidade de utilidade pública, inclusive quando for produzida ou veiculada por órgão ou entidade integrante da administração pública.

Art. 22. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Brasília, 29 de abril de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Este texto não substitui o publicado no DOU de 30.4.2010

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

1. A Revista Jurídica do Banco do Nordeste é uma publicação semestral do Banco do Nordeste do Brasil S.A., que tem por finalidade divulgar a produção intelectual de profissionais e acadêmicos de Direito e de áreas afins, criando uma fonte de pesquisa permanente para a comunidade jurídica brasileira, mormente no que se refere às questões envolvendo as Empresas Estatais (Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas).

2. DIRETRIZES EDITORIAIS

2.1 A linha editorial da Revista abrange todas as áreas do Direito, com foco prioritário nas temáticas atinentes às Empresas Estatais (Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista).

2.2 Os trabalhos encaminhados para publicação deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local. Uma vez publicados, estes trabalhos consideram-se licenciados para o Banco do Nordeste do Brasil S/A com exclusividade, pelo prazo de duração dos direitos patrimoniais do autor. Os trabalhos também poderão ser publicados em outros lugares desde que após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial da Revista, citada a publicação original como fonte, constando o nome da editora, a cidade, o ano de publicação, título e volume do periódico e respectivas páginas.

2.3 A Revista Jurídica do Banco do Nordeste publica trabalhos inéditos, depois de submetidos à aprovação em duas etapas:

a) Exame por até 3 (três) pareceristas anônimos, para avaliação de forma e conteúdo.

b) Seleção dos trabalhos pelo Conselho Editorial.

2.4 O autor facilita ao Banco do Nordeste publicar seu trabalho na

Revista Jurídica do Banco do Nordeste, em mídia tradicional e eletrônica, existente ou que venha a ser descoberta, para efeito de divulgação científica da Revista e de seu conteúdo, conforme a Lei 9.610/98.

2.5 Uma vez aceitos, os trabalhos passarão por revisão quanto à forma, a exemplo de correções ortográficas, gramaticais e adequação ao formato da Revista, sem qualquer alteração em seu conteúdo. As provas tipográficas não serão enviadas aos autores.

2.6 Após avaliados, os pareceres poderão ser encaminhados aos autores, para que tomem ciência da aceitação do artigo ou, em caso de rejeição, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato inicial.

2.7 Não será prestada nenhuma remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos na Revista Jurídica do Banco do Nordeste ou qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica (Internet, CDRom, e-book etc.). Em contrapartida, o colaborador receberá 03 (três) exemplares do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.

2.8 Os trabalhos que não se ativerem às normas aqui apresentadas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

2.9 O conteúdo dos artigos, as idéias e os conceitos neles emitidos são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

2.10 A remessa do texto pelo autor ao Conselho Editorial para fins de publicação implica a cessão dos direitos autorais para a Revista Jurídica do Banco do Nordeste, a permissão de publicação em meio eletrônico e a possibilidade de reprodução do texto para pesquisa pessoal.

2.11 Os trabalhos recebidos e não publicados na edição da Revista imediatamente posterior ao seu envio não serão devolvidos, deixando de persistir, nesta hipótese, a regra do item 2.10, salvo se o autor manifestar interesse na publicação de seu trabalho na edição seguinte da Revista.

2.12 A Revista será composta pelas seguintes seções:

- a) Doutrina: constituída por artigos científicos, parecer(es) jurídico(s) ou peça(s) judicial(is);
- b) Jurisprudência: formada por arestos, apresentados preferencialmente em seu inteiro teor, referentes à linha editorial da Revista; e
- c) Atualização Legislativa: estruturada por legislação relacionada à linha editorial da Revista.

3. APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

3.1 **Formato:** todas as colaborações devem ser enviadas pela internet para o e-mail revistajuridica@bnb.gov.br. Recomenda-se a utilização do processador de texto Microsoft Word 97 ou superior. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF (Rich Text Format).

- Não há um número de páginas predeterminado para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

- Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, e declaração de ineditismo (a autorização de publicação será solicitada em caso de aprovação do artigo).

3.2 Título do artigo: o título deve ser breve e suficientemente específico e descriptivo, contendo as palavras-chave que representam o conteúdo do artigo.

3.3 Folha de rosto: os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, e declaração de ineditismo (a autorização de publicação será solicitada em caso de aprovação do artigo);

3.4 Resumo e Sumário: os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo) em português, e de um Sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, redigido, preferencialmente, conforme as normas da NBR 6028, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

3.5 Palavras-chave: deverão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto) limitadas ao número de 05 (cinco), em português, as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.

3.6 Destaques no texto: todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha.

3.7 **Citações:** devem seguir o padrão nota de rodapé, recomendado pela ABNT.

3.8 **Notas:** nota referente ao corpo do artigo deve ser indicada com um número alto, imediatamente depois da frase a que diz respeito. Deverá vir no rodapé do texto, sem ultrapassar cinco linhas por cada página.

3.9 **Materiais gráficos:** fotografias nítidas em formato jpg e gráficos no programa “Corel Draw” poderão ser aceitos, desde que estritamente indispensáveis à clareza do texto. Deverão ser assinalados, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde devem ser intercalados. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e apresentar a permissão para reprodução.

3.10 **Tabelas e Quadros:** as tabelas e os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto, obedecendo às normas de apresentação tabular, da Fundação IBGE em vigor. Devem também ter numeração seqüencial própria para cada tipo e suas localizações devem ser assinaladas no texto, com a indicação do número de ordem respectivo.

3.11 **Referências:** seguem, preferencialmente, a norma em vigor, NBR 6023, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). As referências bibliográficas deverão conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.

3.12 **Referência de documento pesquisado na Internet:** sempre que possível, deve ser informado o endereço eletrônico específico,

visando facilitar a localização imediata do documento. Evite-se, portanto, o endereço eletrônico geral (da instituição que publicou o documento, por exemplo; ou revista, no caso de artigo de periódico). Quando houver o endereço específico do documento ou artigo, é preferível este ao do site.

Os autores poderão obter outras informações pelo telefone (085) 3299.3085, fax (085) 3299.3786, correio eletrônico revistajuridica@bnb.gov.br e <http://www.bnb.gov.br/revistajuridica>.



Banco do
Nordeste

ÁREA DE LOGÍSTICA

Ambiente de Gestão dos Serviços de Logística

Célula de Produção Gráfica

OS 2011-07/5282 - Tiragem: 1.000

Nesta Edição

SIGILO BANCÁRIO DE INFORMAÇÕES, DADOS E DOCUMENTOS EM OPERAÇÕES DE CRÉDITO REALIZADAS COM RECURSOS PÚBLICOS DIANTE DE REQUISIÇÃO DIRETA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Márcio Né de Mendonça Freire

DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

George Felício Gomes de Oliveira

O CRITÉRIO ESPACIAL DO ISSQN NA LEI COMPLEMENTAR

Nº 116/03 E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Lilyan Cordeiro Mourão

A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO
NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Juliana De Filippo Almeida

ACÓRDÃO 744/2010 - PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO ESPECIAL Nº 622.898 -SC (2004/0006471-1)

RECURSO ESPECIAL Nº 864.579 - SP (2006/0144458-6)

EDCL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530 - RS (2008/0119992-4)

LEI Nº 1.649, DE 19 DE JULHO DE 1952

LEI Nº 7.827, DE 27 DE SETEMBRO DE 1989

LEI Nº 11.908, DE 3 DE MARÇO DE 2009

DECRETO Nº 7.153, DE 9 DE ABRIL DE 2010

LEI Nº 12.232, DE 29 DE ABRIL DE 2010

**REVISTA
JURÍDICA**
DO BANCO DO NORDESTE



Banco do
Nordeste