

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
12ª CÂMARA CÍVEL
Desembargador Mario Guimarães Neto

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.002.21527

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.002.24529

JULGAMENTO EM CONJUNTO

ORIGEM: 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

AGRAVANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO: BANCO DO BRASIL

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO - REMUNERAÇÃO DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS VERTIDOS EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO DEFLAGRADO PELA GESTÃO ANTERIOR - VITÓRIA DO BANCO BRADESCO S/A NA OFERTA DA MELHOR TAXA DE REMUNERAÇÃO EM FAVOR DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INCONFORMISMO DO ANTIGO DEPOSITÁRIO - BANCO DO BRASIL S/A - DEFLAGRAÇÃO DE PROCESSO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO JUNTO AO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA AFASTAR DA COMPETIÇÃO AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PRIVADAS - NULIDADE DO CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO - INTERPRETAÇÃO DO CNJ SOBRE O ART. 666, INCISO I, DO CPC - RESERVA DA CONDIÇÃO DE DEPOSITÁRIO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OFICIAIS - NOVO CONVÊNIO FIRMADO COM O BANCO DO BRASIL S/A ENQUANTO A MATÉRIA AGUARDA DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE NÃO PRETENDE MANTER AS TAXAS OFERECIDAS PELA ANTERIOR VENCEDORA DO CERTAME - CONJUNTURA ECONÔMICA QUE DENOTA A CAPACIDADE FINANCEIRA E A POSSIBILIDADE MATERIAL DO BANCO DO BRASIL EM MANTER O PATAMAR DE REMUNERAÇÃO - ATO ABUSIVO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRATICADO COM POTENCIAL DE DESEQUILIBRAR A ORDEM ECONÔMICA - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DE SEUS DEVERES CONEXOS - HERMENEUTICA DO PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE - FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA - ART. 154 DA LSA - FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO INDIRETA DO ESTADO NA ECONOMIA - ART. 173 DA CF - EXIGÊNCIA DOS BANCOS OFICIAIS EM OFERECEREM AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS A MELHOR REMUNERAÇÃO POSSÍVEL, PROPORCIONALMENTE AO PRIVILÉGIO QUE POSSUEM EM EXPLORAR COM EXCLUSIVIDADE ESSE SEGMENTO BILIONÁRIO DO MERCADO - PRETENSÃO RECURSAL DO ESTADO PROVIDA - PRETENSÃO RECURSAL DO BANCO DO BRASIL DESPROVIDA - RECURSOS DA AÇÃO CAUTELAR QUE PERDEM O OBJETO.



A=C=O=R=D=A=M, os Desembargadores que integram a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade** de votos, em conhecer dos recursos, dando provimento ao recurso do Estado do Rio de Janeiro, negando provimento ao recurso do Banco do Brasil S/A.

Rio de Janeiro, 24 de novembro de 2009.

DESEMBARGADOR MARIO GUIMARÃES NETO

Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

12ª CÂMARA CÍVEL

Desembargador Mario Guimarães Neto

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.002.21527

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.002.24529

JULGAMENTO EM CONJUNTO

ORIGEM: 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

AGRAVANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO: BANCO DO BRASIL

1. RELATÓRIO.

1.1. Relatório do agravo de instrumento nº 2009.002.21527 (agravante: Estado do Rio de Janeiro; agravado: Banco do Brasil S/A)

Na forma do art. 92, §4º, do Regimento Interno, adoto o parecer lavrado pela culta Procuradora de Justiça, Dra. Heloísa Maria Daltro Leite, juntado às fls. 507/511.

O agravado apresentou resposta ao recurso às fls. 547/569, argumentando que em nenhum momento deixou de manifestar interesse na administração dos Depósitos Judiciais que lhe foram confiados, mas teve de renegociar o percentual de remuneração em razão das *"mudanças ocorridas no cenário econômico, provocadas pela crise que atingiu a economia mundial e não podem ser ignoradas pelos convenientes para fins do novo ajuste"*.

Sustenta que a pretensão do agravante em majorar ou congelar a taxa praticada em Convênio de



Cooperação vencido, a despeito do atual cenário econômico, imporá ao agravado grave desequilíbrio financeiro.

Alega que a censura da conduta postestativa nascida no ajuste das partes não advém do Banco do Brasil, mas do próprio Tribunal de Justiça, na medida em que, *"em verdade, quem insiste na imposição unilateral de percentual remuneratório é o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, querendo que o Banco do Brasil se submeta a pagar o que ofereceu o Banco Bradesco. Daí, não pode o agravado ser compelido sequer a manter Convênio de Cooperação expirado que lhe seja prejudicial, justamente porque o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não aceita receber remuneração menor àquela praticada nos convênios anteriores"*.

O agravado aduz que a contraprestação exigida pelo Tribunal de Justiça impor-lhe-á prejuízo, na medida em que é exigido o aporte de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) e aquisição de 8.000 (oito mil) microcomputadores, a título de apoio negocial associado à gestão dos depósitos, não sendo proporcional com os benefícios angariados pelo Banco do Brasil, já que *"o custo final de captação desses recursos seriam equivalentes a 119,43% CDI"*. Conclui que *"o custo da proposta exigida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro representa repasse ao Tribunal de cerca de 222% do resultado financeiro líquido que se espera obter com a aplicação daqueles recursos"*.

O agravado explica que o critério do percentual da remuneração levou em conta a CDI, Certificados de Depósitos Interbancários, porque estes consistem na chamada *"receita de oportunidade"*, para a instituição financeira que repassa ou empresta recursos, ou *"despesa de oportunidade"*, para a que capta ou toma o empréstimo, razão pela qual a projeção futura do CDI consiste em importante referencial de mercado, do qual *"as tesourarias dos bancos consideram como uma espécie de teto para a captação e de piso para aplicação"*. Para lastrear seu argumento, o recorrido também faz um paralelo com a política de redução da taxa básica de juros, registrando que a meta da SELIC está atualmente fixada em 9,25%.

Analisando a natureza jurídica do Convênio de Cooperação, sustenta que é característica do ato jurídico em exame a liberdade das partes em poderem ingressar e se retirar, com o escopo de obterem um resultado comum, pela colaboração recíproca dos partícipes, não sendo possível



juridicamente uma pretensão de um dos cooperantes em coagir o outro a uma contrapartida bastante onerosa.

O agravado também invoca a indispensabilidade do processo licitatório para a administração dos depósitos judiciais, conforme dispõe o art. 24, inciso IV, da Lei nº 8666/93, prestigiando o acórdão lavrado pelo CNJ em procedimento de controle, que decidiu pela nulidade do anterior Convênio firmado com o Banco Bradesco S/A.

Sustenta que a atual pretensão do Estado do Rio de Janeiro desvirtua o princípio da supremacia do interesse público, violando o disposto no art. 58, §1º, da Lei nº 8666/93.

No campo processual, o agravado também alega que não estão preenchidos os requisitos para a concessão da tutela antecipada, já que a pretensão do recorrente é a de receber um percentual nunca antes recebido, não havendo risco de o Banco do Brasil deixar de prestar o serviço, ponderando que ele nunca se eximiu da obrigação, e continua em processo de negociação com o TJRJ, em busca do aprimoramento daquele instrumento de convênio. Também aduz que a concessão da tutela antecipada esbarra no óbice do *periculum in mora* inverso, haja vista que a tutela importaria prorrogação compulsória de um contrato com bases desequilibradas e onerosas.

Por fim, protestando pelo desprovimento do recurso, o agravante sustenta que sua conduta não foi impugnada no campo probatório, não tendo sido evidenciada qualquer violação aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, não havendo esteio para afirmar que seus atos lhe trariam qualquer enriquecimento sem causa.

O agravante, junto com as contra-razões, instruiu os autos com os documentos de fls. 570/616.

Aberta nova vista dos autos à culta Procuradoria de Justiça (fl. 618), esta reiterou sua manifestação anterior, de fls. 507/511.

Relatados.



1.2. Relatório do agravo de instrumento nº 2009.002.24259.**(Agravante: Banco do Brasil S/A; Agravado: Estado do Rio de Janeiro)**

Na forma regimental, adoto o parecer da lavra da culta Procuradora de Justiça, Dra. Heloísa Maria Daltro Leite, juntado às fls. 923/928 do agravo de instrumento nº 2009.02.24529.

Como certificado pela Secretaria (fl. 935), as contra-razões do Estado do Rio de Janeiro foram juntadas ao agravo em apenso, às fls. 528/545.

Em sua resposta, o recorrido se reportou aos argumentos deduzidos na petição inicial, rechaçando a preliminar de falta de interesse de agir, em razão do patente prejuízo ao erário em decorrência da discussão acerca do percentual a ser repassado para o Tribunal de Justiça. Também ilidiu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, em razão da possibilidade de controle judicial de ato administrativo abusivo ou desproporcional.

No mérito, o agravante sustenta que a postura do agravado contraria a própria natureza jurídica do Convênio de Cooperação, ao argumento de que o convênio tem como fim atender ao interesse público, e não privilegiar, em detrimento deste, o interesse privado ao lucro, de ordem privada.

O recorrente alega que, sendo inviável o processo licitatório para o serviço em tela, o domínio dos bancos públicos na atividade de depositários das verbas dos Tribunais - *in casu*, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil S/A-, engendra a criação de prerrogativas que estão sendo malversadas por políticas abusivas do poder econômico, ao quererem *"arbitrar de forma unilateral, puramente potestativa os percentuais de repasse, em patamar bastante inferior aos oferecidos por outras instituições financeiras igualmente renomadas"*.

O agravante também aduz que a conduta do agravado viola os princípios constitucionais que tutelam a intervenção do Estado na ordem econômica, consistindo a postura do agravado em afronta aos artigos 20 e 21 da Lei Federal nº 8.884/94, assim como aos princípios da boa-fé



objetiva e da eticidade, a teor do inciso IV do parágrafo único do art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99.

O agravado argumenta que *"a conduta do agravante de pretender diminuir o percentual repassado ao Tribunal de Justiça fere o princípio da confiança legítima, pois tais recursos financeiros eram esperados pelo Tribunal de Justiça e pela sociedade para que fossem investidos na modernização do Poder Judiciário, com vistas a facilitar o acesso à Justiça"*, configurando ato que, violando o princípio da razoabilidade, implica enriquecimento sem causa da instituição financeira.

A tese de defesa do agravado também invoca o princípio da supremacia do interesse público, assim como a consolidação do princípio da razoabilidade pelo Supremo Tribunal Federal, denunciando que a conduta do agravante fere seus três vetores: a adequação do ato, sua necessidade, assim como a proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, protestando pelo desprovimento do agravo, conclui sua tese sustentando que: *"É razoável e possível a intervenção judicial para garantir ao Estado do Rio de Janeiro / Poder Judiciário o recebimento, junto a um banco oficial (no caso, o Banco do Brasil), dos mesmos valores oferecidos por outra instituição financeira de primeira linha (no caso, o Banco Bradesco), ou uma média aritmética razoável entre estes valores (os oferecidos pelo Banco do Brasil e os oferecidos pelo Bradesco), até porque o dinheiro que ingressará nos cofres públicos servirá para o aprimoramento da prestação da jurisdição, e, em última análise, ao atendimento ao postulado da dignidade humana do cidadão, máxime com a efetividade da garantia de um acesso à justiça eficiente"*.

2. Fundamentação.

Não há questões preliminares a conhecer, os agravos foram interpostos de forma consentânea aos seus pressupostos recursais, e merecem, por conseguinte, juízo positivo de admissibilidade.

A questão de mérito é de incomensurável gravidade e afeta frontalmente a ordem pública, denota



elevada complexidade na ponderação entre os interesses em colisão, guardando em si considerável interesse também institucional, haja vista o potencial de qualquer decisão interferir diretamente em receitas públicas, especificamente as necessárias para a manutenção e desenvolvimento do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

Afinal de contas, sem embargo do controle dos Tribunais Superiores, a ser exercitado nas vias recursais excepcionais, a controvérsia deste julgamento consiste justamente em definir o patamar de remuneração a ser respeitado pelo Banco do Brasil em favor do Tribunal de Justiça, como contrapartida da função de depositário de todos os depósitos judiciais recolhidos no Estado do Rio de Janeiro, que giram em torno de bilhões de reais.

Como muitos sabem, toda essa volumosa verba, decorrente de todos os depósitos feitos nos processos judiciais, converte em receita a favor do Fundo Especial do Tribunal de Justiça mediante o pagamento de uma taxa de remuneração pelo banco depositário.

Assusta o antagonismo e a contrariedade das pretensões de ambas as partes, Banco do Brasil e Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que, atendendo-se a uma ou outra parte, impor-se-á uma modificação da receita do Tribunal na ordem de R\$ 247.352.000,00, esses referentes apenas aos anos de 2008 e 2009.

Esse dinheiro, estreme de dúvidas, desequilibra qualquer política da atual gestão - e mesmo do comprometimento feito pelas gestões anteriores-, que contava com uma remuneração superavitária por parte do banco depositário, não precisando ser nenhum *expert* em contabilidade ou um grande matemático financeiro para se chegar a esta conclusão.

A expectativa do Tribunal de Justiça tem como fundamento a proposta feita em 2007 pelo Banco Bradesco S/A, nos termos de Convênio de Cooperação posteriormente anulado pelo CNJ, cuja oferta era a de remunerar o TJ com uma alíquota de 0,3379% (ano de 2008) e 0,448% (ano de 2009), contra alíquotas de 0,22%, oferecidas pelo Banco do Brasil em relação a ambos os exercícios, 2008 e 2009.

A diferença do percentual é gritante, chega-se a quase o dobro, ainda mais quando se trabalha com uma base



de cálculo bilionária, constituída por todos os depósitos judiciais do Estado.

A meu juízo, despontam algumas perguntas que instam ser respondidas, e enfrentá-las desenhará uma conclusão justa e razoável para a *quaestio vexata*: é possível obrigar o Banco do Brasil S/A, sociedade de economia mista federal, a remunerar a administração dos depósitos judiciais, grande fonte de recursos do TJ/RJ, dentro dos mesmos patamares prometidos pelo Banco Bradesco S/A, um terceiro que não possui com ele qualquer vínculo jurídico contratual? Corrobora essa possibilidade, para o sim ou para o não, a conjunção de o Convênio com esta instituição financeira ter sido posteriormente anulado pelo CNJ, ao fundamento de que só bancos oficiais (com capital público) podem gerir esses depósitos? Interfere nessa conclusão o fato da legalidade daquele convênio anterior se encontrar, por ora, aguardando a apreciação do Supremo Tribunal Federal?

Primeiramente, emerge saber se conhecer das pretensões recursais, em alguma de suas facetas, implicaria extrapolação da alçada deste Tribunal de Justiça, já que a decisão do CNJ, por enquanto, foi atacada pelo Estado do Rio de Janeiro através de mandado de segurança, que aguarda julgamento pelo Pretório Excelso.

O objeto do mandado de segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal respeita os limites da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, no bojo do procedimento de controle administrativo (PCA) nº 2008.10.000211-7.

Dentro do lastro cognitivo deste *mandamus*, a questão suscitada no mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal versa sobre a **anulação do procedimento simplificado** que outorgou ao Banco Bradesco S/A a administração dos depósitos judiciais, mediante a discussão sobre a **necessidade de prévio processo licitatório**, assim como da possibilidade de outorgar o serviço a **instituições financeiras privadas**, a teor do alcance do art. 666, inciso I, do Código de Processo Civil.

Nestas ações, principal e cautelar - que nada se confundem com o referido mandado de segurança-, seus objetos consistem na **cognição sobre a possibilidade de o Banco do Brasil S/A ser livre para negociar o percentual de**



remuneração para administrar os depósitos judiciais, tendo em vista que outra instituição financeira, o Bradesco, foi capaz de oferecer uma remuneração maior e mais condizente com o interesse público, devendo ser investigado, à luz de uma cuidadosa ponderação de interesses, se o Banco do Brasil está cometendo ato abusivo da ordem econômica ao oferecer, na condição de administrador provisório dos depósitos judiciais, uma taxa de remuneração bastante aquém do possível e do exigível de uma instituição financeira oficial, prevalecendo-se da condição de único banco que, agora, possui condições de prestar o serviço.

Entendo, portanto, que esta instância não pode entrar no mérito sobre quem pode administrar os depósitos judiciais, se Bradesco, se Banco do Brasil. Mas desde que não venhamos a decidir que uma instituição financeira privada possa administrar os depósitos judiciais (o que nem adentra nos limites da lide), não estamos incorrendo em qualquer excesso ou extrapolação de nossa competência constitucional, podendo perfeitamente os objetos recursais ser conhecidos.

Para tanto devemos partir de uma premissa jurídica, que pode ser revista futuramente pelo STF, mas que agora deve ser estritamente respeitada: **apenas bancos oficiais, com capital público, podem ser depositários das verbas judiciais**, dentro da regra disposta pelo art. 666, inciso I, do CPC, *verbis*:

Art. 666. Os bens penhorados serão preferencialmente depositados: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em um banco, de que o Estado-Membro da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz, as quantias em dinheiro, as pedras e os metais preciosos, bem como os papéis de crédito; (grifo nosso)

O Banco do Brasil S/A sustenta que a interpretação literal do art. 666, inciso I, do CPC - que obviamente lhe beneficia-, tem em vista conferir maior



segurança aos depósitos judiciais, em conformidade com a *mens legis* da lei processual.

Não é possível considerar esta assertiva, de que bancos oficiais gozem de privilégio especial, deixando-se ao desabrigo importantes indagações acerca da causa, da etiologia desse regime diferenciado, questionamentos estes que, em um sistema constitucional proverbial na busca da isonomia, nascem como verdadeiras proposições a serem compreendidas em seu alcance e extensão, haja vista sua ligação umbilical com o objeto recursal.

Nessa esteira de raciocínio, torna-se intrigantemente questionável se uma prerrogativa dada a um órgão oficial, uma empresa estatal, pode voltar-se contra o próprio Estado, que autorizou sua criação e participa diretamente de seu capital, na forma do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal.

Não faz qualquer sentido exigir a custódia de uma verba num banco oficial, e renunciar anualmente a mais de R\$ 100.000.000,00, sobretudo num Estado em pleno desenvolvimento, cuja busca pela excelência da prestação jurisdicional, hoje, ocupa lugar de destaque nas preocupações principais da sociedade.

Será que um banco oficial, valendo-se da prerrogativa de possuir capital público e mando estatal, pode oferecer uma remuneração deficitária ao próprio Estado, uma retribuição verdadeiramente abusiva, inferior ao mercado, aproveitando-se de um sistema cujo tratamento jurídico lhe confere verdadeiro monopólio da exploração desse segmento (depósito das verbas judiciais)?

Devemos lembrar, em que pese não tenha em mãos as estatísticas nos demais estados, que fatalmente a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil são as maiores favorecidas com a regra do art. 666, inciso I, do CPC, tendo em vista, ainda mais, que o Brasil foi sujeitado a uma forte política de privatização das empresas estatais, acentuada até o fim da década de 90, sem contar ainda os bancos estatais que, se não faliram, hoje se encontram em liquidação, exemplo conhecido do antigo BANERJ, então em liquidação extrajudicial.

Estas indagações permeiam o sistema de controle dos atos praticados abusivamente por empresas



estatais, que ao agirem na ordem econômica, extrapolam os limites impostos para a existência de um sistema equilibrado, na esteira dos princípios gerais da atividade econômica, *ex vi* do art. 170 da Constituição Federal.

Uma prerrogativa, um privilégio, ou qualquer benefício concedido a um sujeito de direito, não pode ser dissociar de um ônus, de uma contrapartida, que dele são ontologicamente irmanados pelo vínculo de sua natureza jurídica, de modo a propiciar uma equação equilibrada e ponderada de sacrifício e de satisfação de direitos.

O Banco do Brasil S/A, ou mesmo a Caixa Econômica Federal, são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, mas são empresas criadas pelo Estado, com o escopo excepcional de intervir na economia - a qual é, aprioristicamente, reservada à exploração do particular.

O Banco do Brasil S/A e a Caixa Econômica Federal, em que pese pessoas jurídicas participativas na construção da história nacional e no desenvolvimento do Brasil, merecem que seus objetivos institucionais sejam relidos e conformados aos preceitos da Constituição de 1988, que reservou ao Estado a participação direta na economia "*quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*" (CF, art. 173, caput).

Oportuno registrar que essa asserção não deixa ao relento importantes observações construídas pela doutrina sobre a participação do Estado na economia, como exemplo a lição do Ministro Eros Grau, citando os autores Raul Machado Horta e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que analisam o art. 173 da Constituição Federal como cláusula criadora de um sistema com tessitura elástica, que, na prática, esvazia a vedação da exploração direta da atividade econômica pelo Estado¹.

Por conseguinte, é indubitável que, a rigor, uma instituição financeira constituída por uma sociedade de economia mista merece um tratamento jurídico especial, com

1 [\[1\]](#) GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008. p. 287



ônus e privilégios distintos, em face de sua natureza jurídica inquestionavelmente peculiar.

Superando as impropriedades conceituais impostas pelo Decreto-lei nº 200/1967, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello construiu um conceito sobre a natureza essencial das sociedades de economia mista e empresas públicas, cujo didatismo e precisão do mestre administrativista merece ser transcrita, *in verbis*:

"Empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em *auxiliares* do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados. Exatamente porque esta é a impostergável vocação de tais sujeitos, mesmo nas sociedades de economia mista (em que há, pois, concorrência de capitais privados), a lei estabelece que a supremacia acionária votante terá de ser governamental. Com efeito, o que se quer é, precisamente, garantir que seu controle absoluto, que a condução de seus destinos, seja estritamente alçada do Estado ou de suas criaturas auxiliares, sem que possa repartir decisões, sejam quais forem, sobre qualquer assunto social com particulares. (omissis)" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009. PP. 193-194).

Partindo da natureza essencial do Banco do Brasil S/A, enquanto entidade voltada à busca de "*interesses transcendentais aos meramente privados*", entendo que deve ser emprestada razão, ao menos em parte, aos defensores do fato de que os depósitos judiciais, ao serem vertidos em um banco oficial, ofereceriam maior segurança para a sociedade. Isso, por certo, se justificaria na maior estabilidade institucional destes entes, em que pese não possamos olvidar nossa própria experiência fluminense, de que bancos oficiais não são protegidos por uma blindagem absoluta, pois podem eles, a despeito da presença de capital público,



dissolverem-se pelo insucesso da consecução de seu objeto social - basta contemplarmos o frustrante episódio já citado do BANERJ.

Não obstante, o privilégio dos bancos oficiais em serem os únicos autorizados, por lei, para administrar os depósitos judiciais, não pode se dissociar do ônus público decorrente deste apanágio, já que o sistema criado pela lei não pode admitir pesos e medidas diferentes para uma mesma situação jurídica, a ferir de morte o princípio isonômico (CF, art. 5º, *caput*).

Como já dito e redito, num sistema jurídico equilibrado, um privilégio não pode andar desacompanhado do ônus a ele correspondente. Não pode um banco oficial gozar do privilégio de concorrer com pouquíssimas instituições também oficiais (aqui no Rio de Janeiro, apenas com a Caixa Econômica Federal), e não oferecer uma contrapartida proporcional ao seu privilégio, em vistas, obviamente, do interesse público.

Ao falarmos sobre o princípio da igualdade, avaliando até que ponto o conflito de interesses está desequilibrando a equação ônus/bônus, passamos a perscrutar a esfera dos direitos fundamentais, sendo indispensável, no âmbito da ponderação de princípios, valer-se do princípio da proporcionalidade e das vastas manifestações da doutrina acerca de sua preeminência em diversos temas de direito constitucional.

Ao se admitir o privilégio do Banco do Brasil S/A nesse mercado e afastar, com isso, o princípio constitucional da livre iniciativa, estamos sem dúvidas ponderando interesses de envergadura constitucional, e a colisão destes interesses antagônicos deve ser aquilatada na balança soerguida pelos três vetores do princípio da proporcionalidade. Ou seja, 1) deve ser feita uma restrição à liberdade da iniciativa privada necessária, em prol da segurança jurídica de um banco oficial; 2) uma criação de regra de exclusividade adequada, porque voltada para administrar recursos que são públicos; 3) uma relação ponderada entre restrição e satisfação dos princípios colidentes (proporcionalidade em sentido estrito).

Em uma primeira conclusão, afastar a regra da livre concorrência, princípio constitucional da atividade econômica (CF, art. 170, inciso IV), no campo de atividades



que podem perfeitamente ser delegadas aos particulares - mas que o interesse público exige a segurança de instituições com poder de mando estatal-, não pode consubstanciar uma restrição excessiva e nociva ao interesse público primário. Tal seria violar o vetor da proporcionalidade em sentido estrito, atentando contra a doutrina da vedação da proteção abusiva (*ubermassverbote*)².

Uma segunda conclusão, que nevrálgicamente se liga à primeira, é a de que a administração dos depósitos públicos não pode ser encarada pelo Banco do Brasil S/A como uma atividade comercial comum, com o mesmo fito dos lucros auferidos pelas operações feneratícias de rotina. **No momento em que a lei cria a figura do depositário judicial, delegando-a apenas ao banco oficial, tornam-se pujantes as características de direito público desta sociedade híbrida,** o Banco do Brasil S/A, formada por uma simbiose de princípios de direito público e de direito privado.

Dentro da doutrina dos direitos fundamentais - cujo destinatário são os indivíduos, o plano microscópico da sociedade-, podemos contemplar alguns dos deveres exigidos do Estado, assim como das pessoas que, no caso concreto, se colocam como seu substituto, não se excluindo o exemplo dos bancos oficiais no mister de administrar os depósitos judiciais (CPC, art. 666, inciso I).

Na esteira de alguns conceitos importados do direito alemão pelo Ministro Gilmar Mendes - e partindo da premissa de que um banco oficial não pode cometer um ato abusivo (*ubermassverbote*), nem se omitir em face das exigências do interesse público (*untermassverbote*)-, desponta insofismável a conclusão de que o ordenamento positivo exigiu a figura de um banco oficial, para administrar recursos públicos, vinculando sua opção legislativa nos deveres constitucionais inerentes à natureza jurídica dessa entidade, como o dever de segurança

2 [2] ALEXY, Robert. Colisões de Direitos Fundamentais e Realizações de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: Revista de Direito Administrativo 217, 1999. p. 67-69



(*sicherheitspflicht*), bem como o de evitar riscos (*risikopflicht*)³.

Os depósitos judiciais representam importante fonte de renda para o Estado, juntamente com os tributos a ele destinados pela Constituição, sendo inegável que a administração solerte e eficiente dos numerários deve reverter em frutos e proveitos para a sociedade, não sendo minimamente razoável imaginarmos que a lei processual, ao exigir um banco oficial, retirou dele a obrigação de retribuir ao Estado na mesma medida do privilégio a ele conferido.

Atento ao fim institucional de uma empresa estatal, **se os meios empregados pela sua gestão desequilibram a sintonia fina dos princípios constitucionais ponderados na sua atuação no mercado, incorre-se em hipótese clara de desvio de finalidade, de verdadeiro abuso da condição de banco oficial.**

Esse abuso do poder econômico não mais é um defeito exclusivo das relações privadas (como nunca foi), sendo apontado recentemente pela doutrina como um ilícito praticado também por entidades governamentais, geralmente por sociedades de economia mista e empresas públicas.

Nesse sentido é a lição do professor Carvalho Filho, *verbis*:

“Usualmente o abuso do poder econômico é cometido pela iniciativa privada, na qual alguns setores do empresariado, com ambição desmedida de lucros e total indiferença à justiça social, procuram e executam fórmulas altamente danosas ao público em geral. Não obstante, estudiosos, modernamente, têm sustentado (e a nosso ver com razão) que o próprio Estado pode conduzir-se de forma abusiva no setor econômico, principalmente quando

3 [3] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006. pg. 12)



atua por intermédio das entidades paraestatais a ele vinculadas e por ele controladas." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo.

Como visto, por vezes as empresas estatais são usadas pelo Poder Público para atuar abusivamente na economia, subvertendo a lógica de que elas só poderiam agir na economia excepcionalmente, em vista do melhor interesse público (CF, art. 173).

Esse abuso da participação do Banco do Brasil na ordem econômica começou a ser percebido por este relator ao analisar uma afirmação feita pela instituição financeira, precisamente o item 32 de sua contra-minuta de agravo de instrumento.

São as palavras do Banco do Brasil S/A, *verbis*:

"Essa questão torna-se ainda mais relevante quando se verifica que a remuneração dos depósitos judiciais (idêntica à remuneração da poupança = TR + 0,5% a.m.) tem ficado cada vez mais competitiva, em função da sistemática redução da taxa básica de juros. Registra-se, por importante, que a meta da SELIC está atualmente fixada em 9,25%."

Malgrado o esforço deste relator para interpretar positivamente esta afirmação - postando-me num patamar de neutralidade, que me possibilitasse observar os vários lados da moeda-, não posso olvidar as várias indagações que surgiram dessa minha avaliação.

Por acaso está sugerindo o Banco do Brasil que a taxa básica de juros será reduzida mediante cortes feitos nas remunerações aos órgãos públicos? Será que a sociedade veria o Banco do Brasil com os mesmos olhos se soubesse disso, que os serviços públicos serão prejudicados pela redução dos juros ao consumidor, da redução da taxa SELIC? Ficaria satisfeita a sociedade se soubesse que o Banco do Brasil S/A, em tese, pretende posar de gigante financeiro que mais reduz os juros ao consumidor, que mais atende às metas governamentais, mas que com a mesma mão que dá (a redução dos juros ao consumidor), com a outra se tira os juros de remuneração dos órgãos públicos? Não seriam esses



os mesmos órgãos públicos que prestam serviços àqueles consumidores, pseudo beneficiados pelo corte da taxa básica de juros?

Data vênia, a política do COPOM ou de qualquer outro órgão governamental que verse sobre política econômica, ou mesmo os objetivos do governo federal quanto à redução da taxa básica dos juros, não podem ser utilizados como argumento para justificar a diminuição da remuneração dos depósitos feitos aos órgãos de outro ente da federação, porquanto o que está em jogo são serviços públicos essenciais do Estado do Rio de Janeiro, *in casu*, a própria prestação da jurisdição, o funcionamento do seu Poder Judiciário.

Se o Governo Federal almeja sacrificar suas receitas para o incremento da economia, sua política não pode extrapolar a instância federal e os órgãos a ele vinculados, sendo inconcebível que haja influxo deste ato político nas relações travadas com os Estados e Municípios, a ferir a autonomia constitucional dos entes da federação e a independência harmônica dos poderes.

Não é próprio ou digno de um Estado de Direito cujas funções são bem divididas e cada um sabe o seu papel, imaginar o Banco do Brasil S/A fazendo as vezes de um Ministro da Fazenda ao pretender insolitamente ditar as regras do jogo.

Consistiria em uma política vil e covarde com a sociedade, imaginar que o Governo Federal pretende diminuir a taxa básica de juros mediante uma política que, para compensar a perda de receita, diminui os juros pagos aos órgãos públicos de outras instâncias da Federação: ganha-se crédito pela economia impingida no bolso alheio, pelos cortes com as despesas dos outros.

Esse raciocínio é simples, pois redundaria da constatação de que o mesmo indivíduo que paga menos juros no cheque especial, tem por prejudicado seu acesso digno à Justiça, porquanto é desse serviço que se tirou aqueles juros pagos "a menor", e que o mercado, por um ludíbrio governamental, proclama que seriam eles frutos de uma gestão exitosa de certa instituição financeira.

Na verdade, os juros reduzidos não são crédito de ninguém, são dinheiro público subtraído de uma área



essencial, mediante a vetusta política de tapar buracos com a abertura de buracos maiores ainda.

Esse raciocínio me remete à alegação do Estado do Rio de Janeiro, que alude à quebra do princípio da confiança legítima, a embasar a teoria da vedação aos comportamentos contraditórios (*nemo potest venire contra factum proprium*). Essa quebra da confiança legítima, supedâneo das relações contratuais, delinea-se quando se observa a pretensão do Banco do Brasil S/A em anular o convênio firmado com o Banco Bradesco S/A, e depois de garantir sua exclusividade como depositário das verbas judiciais no Estado do Rio de Janeiro, almejar impor unilateralmente uma remuneração inferior até mesmo daquela anteriormente convencionada com este Tribunal de Justiça.

Conforme decisão do CNJ, juntada às fls. 488/501, foi declarada a nulidade total do processo seletivo de que foi vencedor o Banco Bradesco S/A. Nesse passo, até decidida a questão pelo STF, criou-se um regime jurídico transitório com o Banco do Brasil S/A, em que este passou a exercer hegemonia na prestação do serviço, na medida em que, até o implemento do processo licitatório, ficaria beneficiado na condição de depositário das verbas judiciais.

Em primeiro lugar, abstendo-nos de qualquer ingenuidade, importante registrar que, a prevalecer a decisão do CNJ, provavelmente o Banco do Brasil S/A herdará a condição *ad infinitum* de depositário judicial. É muito claro que o processo licitatório imposto pelo CNJ será muito difícil de se operacionalizar, considerando que não há outro banco oficial neste Estado para competir que não a Caixa Econômica Federal.

Nesse diapasão, ao se imaginar que uma instituição financeira herdou a condição extremamente vantajosa de administrar bilhões de reais por ano, parece-me óbvio que a prestação do serviço na condição de banco oficial torna incogitável permitir o pioramento do *status quo* do Estado do Rio de Janeiro (teoria da vedação do retrocesso), já que a garantia de um banco oficial deve se dirigir para o melhoramento estatal, ou, na pior das hipóteses, para a preservação incólume de seu *status*.

Nesse diapasão, se o Banco Bradesco S/A conseguiria remunerar o Tribunal de Justiça em patamares na ordem de 0,3 a 0,4%, a substituição desta entidade não pode



implicar diminuição desta remuneração, salvo se impossível ou perigosa a preservação desse percentual.

Qualquer outra solução, em admitir a substituição do Bradesco pelo Banco do Brasil para que o TJ receba uma remuneração pior, mesmo podendo o Banco do Brasil mantê-la, *data máxima vênia*, consistiria numa situação jurídica verdadeiramente irrazoável, ou seja, declarar-se uma nulidade não para o melhor interesse público, mas para seu lamentável retrocesso.

Se o hibridismo de uma sociedade de economia mista realça o caractere de direito público quando estamos tratando da figura de depositário judicial (CPC, art. 666, inciso I), não podemos relegar os princípios mestres da atuação do Estado, dentre eles o princípio da máxima efetividade, que enquanto princípio de hermenêutica constitucional, seu sentido é perfeitamente emprestável às expectativas da sociedade em face de instituições que exercem, de fato, um *múnus* público, ainda que por delegação.

Preleciona o constitucionalista Guilherme Pena de Moraes que "*o princípio da máxima efetividade impõe que à norma constitucional, sujeita à atividade hermenêutica, deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade*"⁴.

Atento a essa regra de hermenêutica constitucional do ordenamento positivo, a regra insculpida no art. 666, inciso I, do CPC deve ser lida através das lentes do princípio da máxima efetividade, a concluirmos que a lei, ao exigir a figura da instituição financeira oficial como depositária das verbas judiciais, além da segurança jurídica, almejou exigir dela a maior predisposição possível em prol do interesse público, a maior cooperação possível em termos não só de segurança, como também de otimização dos depósitos e dos frutos deste capital, dos juros remuneratórios.

4 [4] MORAES, Guilherme Pena de. Direito Constitucional. Teoria da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004. p. 135



Se o Banco Bradesco S/A pôde remunerar o Tribunal de Justiça com percentual oscilante entre 0,3 e 0,4%, atenta contra princípios mínimos de proteção ao abuso do poder econômico, ou mesmo da boa-fé objetiva, não considerar que, no mínimo, esse mesmo percentual deve ser juridicamente exigido do Banco do Brasil S/A, quando este tem prioridade legal para o oferecimento do serviço (CPC, art. 666, inciso I).

Não faz o menor sentido imaginar que, dentro de um segmento de mercado, determinado agente econômico goza de uma forte preferência legal (verdadeiro monopólio), e mesmo assim não consegue oferecer um serviço na mesma condição de outros agentes econômicos, que não gozam de qualquer privilégio.

Esse raciocínio atenta contra princípios não só jurídicos, com supedâneo na própria proporcionalidade e razoabilidade, como também contra princípios econômicos da oferta e da procura, da mão invisível e da auto-regulação dos mercados, preconizados na teoria geral das ciências econômicas por Adam Smith.

É claro, não obstante, que essa obrigação pode ser excepcionada se houver prova conclusiva de que é impossível prestar a obrigação, ou que esta traz elevados riscos para a atividade.

Essa afirmação é importante porque define uma regra processual peremptória para o desenvolvimento da ação: o ônus da prova.

É inegável que existe uma forte presunção de que o Banco do Brasil, com franca margem de esforço, consegue fazer frente ao patamar oferecido pelo Banco Bradesco S/A.

Se uma instituição financeira privada pôde praticar essa taxa de juros, é corolário do princípio da boa-fé objetiva - assim como da vedação à proteção abusiva dos entes governamentais-, presumir que é possível à instituição financeira com capital público também praticá-la, principalmente quando as estatísticas demonstram que o Banco do Brasil recuperou a posição de líder do mercado, já não mais se ostentando, no cenário interno e externo, as gravosas conseqüências da crise econômica mundial.



Como é de conhecimento geral, os noticiários da economia vêm divulgando os sinais de recuperação desta grave crise, realçando a posição privilegiada do Brasil no levantamento de sua economia.

Muito me assusta, e mesmo induz a constatar certo grau de abuso por parte do Banco do Brasil S/A, hoje ele estar ostentando a figura de líder do mercado, e ter meses atrás, em sede recursal, feito diversas alegações apocalípticas, de que não poderia concorrer com a taxa do Bradesco em razão da "crise econômica mundial". Isso me leva a crer que, abusando da ignorância das pessoas sobre a dimensão da crise, ele a maximizou para se beneficiar desse fenômeno econômico e de todas as especulações dele decorrentes.

Corolário de sua posição de líder do mercado e de instituição financeira oficial, ao Banco do Brasil cumpre, ao longo da dilação probatória, produzir as provas que demonstrem grave perturbação no seu equilíbrio financeiro ao remunerar este TJ no mesmo patamar de seu concorrente, o Bradesco. Apenas esse fato poderá excepcionar, se provado, o dever de garantir em prol do Estado a melhor taxa possível de remuneração pelos depósitos judiciais, e não o contrário.

Não produzidas provas nesse sentido, presumir-se-ão justas as taxas oferecidas antes pelo Bradesco, presumindo-se também que elas são plenamente oponíveis contra o Banco do Brasil para efeito de praticá-las na posição de banco oficial, porque consentâneas com o melhor interesse público e com o objeto social dessa gigante instituição financeira.

Muitos podem argumentar que exigir do Banco do Brasil, uma instituição com capital público, o mesmo risco assumido por um banco privado, o Banco Bradesco, seria também violar o princípio isonômico, porquanto se aplicaria, também nesse caso, dois pesos e duas medidas, dependendo do ponto de vista.

O cerne desse argumento se justifica na consideração de que seria impossível exigir de um banco com controle governamental igual dinamismo e arrojo de uma entidade particular, com capital puramente privado.



Nesse mesmo diapasão, os defensores desse argumento podem também sustentar que, em prol da segurança institucional do Banco do Brasil S/A, deve ser sacrificado proporcionalmente o patamar da remuneração.

Ou seja, ou se requer segurança, em detrimento de remuneração; ou o contrário, menos segurança e mais rendimento.

Esses críticos alarmariam que objetivar angariar ambos os benefícios, segurança e remuneração, na sua máxima otimização, descompassaria o princípio da proporcionalidade.

De fato, não fecho os olhos para a plausibilidade dessas críticas, merecedoras de detida atenção, em que pese também não possa fechar os olhos para o arrefecimento desses argumentos, cujo esmaecer acontece no mesmo momento em que admitimos contemplar uma constatação que - quer queiram, quer não - é clara e insofismável: o Banco do Brasil, se realmente sofresse emperros ou dificuldades em sua gestão - fruto das políticas governamentais que sobre si incidem com vigor-, não conseguiria retomar, como o fez, a posição de instituição financeira com o maior número de ativos do país, competindo com todas as outras instituições (oficiais e privadas).

Isso se depreende da reportagem veiculada pelo Jornal O Globo, cuja cópia foi juntada ao recurso às fls. 526.

O próprio Ministro da Fazenda nessa reportagem chegou a asseverar, estabelecendo francamente um clima de competição com as demais instituições financeiras, que estas iriam "comer poeira".

Só avoca a responsabilidade de fazer os outros "comer poeira" quem possui nível igual ou superior de combatividade, quem pode ser competitivo com os juros praticados no mercado, quem pode, dessarte, manter a remuneração assumida pelo Banco Bradesco S/A, instituição esta que nem chega a assumir a segunda posição no mercado.

Sem sair do contexto dessa trilha lógica, há de raciocinarmos também no sentido de que o Banco do Brasil, embora entidade de direito privado, conserva em sua natureza jurídica, corolário da participação estatal, um verdadeiro poder-dever inerente à figura de banco oficial.



Não é ao acaso que **sociedades de economia mista** são constituídas na forma institucional de uma **sociedade anônima**, regulada pela Lei nº 6404/1976. Nessas sociedades, já na década de 1970, protegia-se o abuso de direito e a função social da empresa, como se vê da redação original do art. 154, *caput*, da LSA, *verbis*:

LSA, art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, **satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.** (grifado)

Os princípios preconizados por esse dispositivo legal, como bem observou o Professor Tavares Borba, foi consolidado pela ordem constitucional no art. 173 da Constituição Federal, enunciando-se expressamente princípios como os da função social da empresa - que já se encontrariam positivados na Lei nº 6404/76-, em que pese, nos dizeres desse mestre, "*no âmbito das empresas do Estado, esses princípios teriam uma carga mais acentuada*"⁵.

Se uma sociedade anônima comum, fechada ou aberta, incorre em abuso de direito quando pratica um ato em manifesto detrimento das exigências do bem público e da função social da empresa, seria subversivo de sua natureza jurídica admitir que uma sociedade de economia mista - que permite a atuação indireta do Estado na economia-, não respeite esses importantes limites da condução de seus negócios, na direção de seus objetivos sociais.

Em se tratando de uma obrigação imposta pela lei aos bancos oficiais, o princípio da função social da companhia faz emergir um poder-dever aos seus controladores: conferir competitividade à taxa de remuneração proposta por bancos oficiais em face das oferecidas pelos bancos privados, cuja participação no segmento econômico foi obstada em prol do interesse público, excepcionando-se o princípio geral da livre concorrência.

5 [5] BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2007. p. 510



O afastamento do princípio da livre concorrência, nesse caso, reequilibra o sacrifício feito pelo Banco do Brasil em fazer frente à remuneração do Banco Bradesco, considerando que o Prof. Tavares Borba, quando alude à função social da empresa, ensina a necessidade de criação de instrumentos compensatórios, *verbis*:

"Anote-se, ademais, que, na sociedade de economia mista, aos interesses de acionistas, empregados e da comunidade, soma-se o interesse público que justificou a sua criação (art. 238, da Lei das Sociedades Anônimas", cabendo à pessoa jurídica controladora velar pela realização integral desses objetivos. Não se justifica, porém, o sacrifício da sociedade ao proveito público; se, por uma contingência qualquer, o interesse público exigir o esmagamento dos demais interesses, cumprirá à pessoa jurídica controladora atribuir à sociedade, ou aos interessados diretamente, uma razoável compensação" (BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, pg. 513) (grifado)

Acompanhando o raciocínio encampado por essa lição, em primeiro lugar, percebe-se que o Banco do Brasil, em sede de cognição sumária, não sofrerá qualquer "esmagamento dos demais interesses", principalmente porque, como acima reportado, esta instituição financeira ocupa atualmente a posição de líder do mercado, com o maior número de ativos do país.

Em segundo lugar, essa decisão já ressaltou que, ao longo da instrução probatória, poderá ser produzida prova desse "esmagamento", a possibilitar a revisão dos termos obrigacionais.

Ademais, em terceiro e último lugar, ainda que se comprove algum sacrifício da instituição financeira, a lição acima transcrita indicou qual seria o caminho a ser trilhado para o reequilíbrio da sociedade: a criação de instrumentos de compensação.

Esses meios compensatórios já foram criados pela própria lei, que criou fronteiras para a exploração de uma atividade extremamente lucrativa, afastando a livre concorrência em favor da participação exclusiva das entidades oficiais.



Esse raciocínio torna-se ainda mais nítido quando se constata que os depósitos judiciais representam um relevante segmento do mercado financeiro, porquanto movimentam dezenas ou centenas de bilhões de reais.

Não seria justo admitir que o princípio da livre concorrência foi afastado pelo ordenamento positivo, criando-se um regime reservado a apenas uma categoria de instituições financeiras - no caso, as que possuem capital público e mando estatal-, e que estas não ofereçam, mesmo podendo, uma contrapartida proporcional ao seu privilégio.

Seria imaginarmos que a Constituição admitiu um monopólio, ou um campo hermético ou restrito à iniciativa privada, sem o retorno de uma "mais valia", sem a compensação do sacrifício imposto a importante valor econômico: a liberdade.

Como bem observa Fábio Konder Comparato, citado pelo Ministro Eros Grau, no direito brasileiro a função social da empresa foi positivada no âmbito das sociedades anônimas, emprestando-se a estas instituições as noções típicas do Direito Administrativo, como as de abuso e desvio de poder.

O festejado Ministro do STF, fazendo a interligação entre a função social da empresa e a função social da propriedade, no enfoque dos bens de produção, preleciona, *verbis*:

"O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem." (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008. p. 287

Na esteira desse escólio, o Banco do Brasil S/A, como típica sociedade de economia mista - constituída, *ope legis*, na forma de sociedade anônima-, ao ter requerido a anulação do termo de cooperação celebrado com Banco Bradesco S/A, encontra na boa-fé objetiva e na função social da empresa limites para o exercício livre do seu poder de negociação com este Tribunal de Justiça.



No momento em que o Banco do Brasil S/A requereu junto ao Conselho Nacional de Justiça a declaração de nulidade do Convênio celebrado com terceiro, ao fundamento de que este não é uma instituição oficial ou de que não foi respeitado o princípio licitatório, sem dúvidas, o Banco do Brasil avocou a responsabilidade de cobrir a taxa de remuneração oferecida pelo Banco Bradesco, vencedor do certame.

Esse é um corolário lógico do poder-dever de exercer um direito em benefício, e não em prejuízo de outrem, haja vista que outra situação dilatória de sua liberdade negocial implica abuso de direito (CC, art. 187), e merece a censura implacável do Poder Judiciário, com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, inciso XXXV).

Apenas numa análise perfunctória do problema poderíamos diagnosticar a magnitude desta controvérsia, concluindo incautamente que não haveria - como de fato há - um forte vínculo jurídico que obriga o Banco do Brasil a emparelhar sua remuneração com aquela anteriormente oferecida por seu concorrente, o Banco Bradesco.

À luz dos citados princípios constitucionais que vedam o abuso do poder econômico do Estado, e mesmo de suas empresas estatais, depreende-se que elas têm um vínculo inarredável com o melhor para o interesse público, a consubstanciar, *mutatis mutandi*, o que Miguel Reale chama, nas relações privadas, de "bilateralidade atributiva", o vínculo que faz transcender o imoral para o ilícito.

Nos preciosos dizeres desse jurisconsulto, *"bilateralidade atributiva é, pois, uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo"*.

Esse respeitado jurista, ao enfrentar o tema que disseca a linha tênue que separa o imoral do ilícito, preparando as bases e premissas da conhecida teoria tridimensional do direito, fez questão de asseverar que nas relações de Estado, este vínculo que se denomina *"bilateralidade atributiva"* não precisaria sequer ser investigado, porquanto este nexó jurídico emanaria naturalmente da condição de Estado, da instituição de certas



regras de atribuição, de certas competências e de privilégios.⁶

Neste caso, em que pese o Banco do Brasil S/A tenha personalidade jurídica de direito privado, sua natureza jurídica mista faz nascer em sua esfera de direitos e de obrigações a prerrogativa de instituição financeira oficial, já que apenas em decorrência deste predicado especial, de ordem pública, pôde assumir uma posição privilegiada perante os demais bancos do sistema privado.

Nesse momento se torna oportuno exigir desta instituição financeira oficial os deveres inerentes às instituições voltadas para a consecução do interesse público, sendo uma imanência de sua própria natureza jurídica o vínculo que tem com a máxima eficácia, a máxima segurança, a máxima dedicação em prol do interesse do Estado.

Essa conclusão se torna ainda mais evidente quando constatamos que o Banco do Brasil S/A, ao valer-se de sua natureza jurídica para anular o convênio celebrado com o Banco Bradesco S/A, acabou por sub-rogar-se nas obrigações principais desta instituição financeira, vencedora do atual certame celebrado pelo TJ, já que o direito não pode tutelar a má-fé do Banco do Brasil em beneficiar-se de uma nulidade no certame, ou de que ela culmine no oferecimento de condições contratuais precárias ao Estado, piores do que as estabelecidas anteriormente.

Um ato nulo não pode ser melhor do que um ato válido, seria a subversão da lógica, a morte do razoável.

Neste ponto, mister registrar que a anulação do "convênio de cooperação", embora tenha atingido o plano da validade do ato jurídico, não chegou a atingir a sua fase pré-contratual, concernente ao momento em que as condições contratuais foram previamente oferecidas pelas partes.

No momento em que foram divulgadas publicamente as condições que as instituições financeiras possuem de remunerar os depósitos judiciais, nasceu um parâmetro que os

6 [6] REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998. p. 51



controladores de todas as companhias têm de observar para não incorrer em abuso ou desvio de poder, como exorta o art. 154 da LSA.

As condições oferecidas pelo Banco Bradesco S/A continuam eficazes, pois refletem a realidade financeira dessas instituições, servindo de base para refletir, também, a realidade financeira do Banco do Brasil S/A, - que, como acima dito, ocupa a posição de líder do mercado.

É economicamente possível e financeiramente viável praticar uma taxa de remuneração no patamar de 0,3 a 0,4%, principalmente quando, a favor do Banco do Brasil, assiste a qualidade de banco oficial, a conferir-lhe privilégio e segurança na exploração da atividade por tempo indeterminado.

Talvez se nunca tivesse havido a divulgação das informações extraídas do procedimento simplificado anulado pelo CNJ, nunca poderíamos ter em mãos uma radiografia profunda da aptidão e capacidade remuneratória dessas instituições financeiras.

Dessa forma, não é possível desprezarmos os dados obtidos daquele certame - em que pese tenha sido ele anulado por fundamentos jurídicos dissociados dessa questão.

Acredito ser essa, em toda sua extensão e alcance, a *mens legis* da regra do art. 666, inciso I, do CPC, que exige uma instituição financeira oficial para acautelar os depósitos judiciais, de modo a tangenciar-se os plúrimos princípios constitucionais da tutela do interesse público e da intervenção do Estado no domínio econômico, cujo arquétipo de regras, princípios e valores visam proteger um sistema equilibrado, rechaçando-se qualquer ato de abuso praticado pelos particulares, e ainda mais por aqueles que deviam primeiramente dar o exemplo, que são as próprias empresas controladas pelo Estado.

3. Dispositivo.

Ex positis, conhecendo dos agravos de instrumento, voto por **conhecer e dar provimento** ao recurso do Estado do Rio de Janeiro, **desprovendo** o recurso do Banco



do Brasil S/A. Neste sentido, defere-se a tutela antecipada para obrigar o Banco do Brasil S/A a remunerar o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos patamares da proposta vencedora oferecida no processo administrativo nº 2007/299208, no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sem prejuízo do crime de desobediência.

Comunique-se e intime-se, com máxima urgência.

Rio de Janeiro, 24 de novembro de 2009.

DESEMBARGADOR MARIO GUIMARÃES NETO

Relator

