

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 9.ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL:

Distribuição por dependência à ação cautelar n.º 2009.001.105150-0

O **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público ao qual está vinculado o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, representado pelos Procuradores do Estado que subscrevem a presente, vem ajuizar **AÇÃO ORDINÁRIA com pedido de antecipação de tutela** em face do **BANCO DO BRASIL**, sociedade de economia mista inscrita no CNPJ n.º 00.000.000/0001-91, com sede em Brasília no Setor Bancário Sul, quadra 04, bloco C, lote 32, Distrito Federal, e com endereço nesta Cidade, na Rua Senador Dantas, n.º 105, Centro, mediante os fatos e fundamentos que abaixo serão expostos.

(I)
DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA e TEMPESTIVIDADE

Requer-se, inicialmente, a distribuição desta demanda por dependência ao processo n.º 2009.001.105150-0, que tramita nesse MM. Juízo, e que tem por objeto uma medida cautelar preparatória para esta ação ordinária.

Por isso, justificada está a necessidade de distribuição desta demanda a esse MM. Juízo.

Ademais, tempestivo o ajuizamento desta ação, vez que a tutela liminar na ação cautelar foi concedida em 30/04/2009, não tendo nos autos notícia de recurso da parte contrária ou data de cumprimento ou irrisignação ao seu cumprimento.

(II)
OS FATOS

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o Banco do Brasil celebram, desde setembro de 1997, negócio jurídico denominado “Convênio de Cooperação”, que tem por objeto permitir ao Réu o recebimento, controle, administração e repasse de depósitos judiciais realizados em todas as serventias cartorárias do Tribunal.

Durante anos o relacionamento mantido entre o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o Réu ocorreu de forma amistosa, sempre visando a atender o **interesse público**, até porque os Convênios foram celebrados entre o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro e uma empresa estatal federal, ambas as instituições dotadas da missão de defesa daquele fim por disposição constitucional.

Dentre as obrigações do Réu para com o Tribunal de Justiça sempre esteve a de remunerar “*mensalmente os depósitos judiciais efetuados, bem como os saldos daí decorrentes, com base na Taxa Referencial – TR acrescida de juros de 0.5 % (cindo décimos pontos percentuais) ao mês, na forma regulamentada pelo Banco Central do Brasil, ou qualquer outro índice que venha a substituir esta remuneração.*”

Digno anotar que os Convênios também previam obrigações da Ré de colaborar com o Tribunal de Justiça visando à implementação de projetos de modernização, melhoria e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. A colaboração da Ré ora previa a cessão de bens em comodato e de equipamentos eletrônicos, ora o pagamento de valores decorrentes da administração do quantitativo de dinheiro por ele administrado, tudo com o intuito, repita-se, de atender ao interesse público.

A partir do ano de 2007 o Tribunal de Justiça, visando atender ao princípio da isonomia, entendeu por bem deflagrar procedimento seletivo simplificado (processo administrativo nº 2007/299208) para, após a devida competição entre instituições financeiras públicas e privadas de primeira linha, ser escolhida a que melhor se mostre apta à captação, administração e remuneração dos depósitos judiciais, tudo com o fim de atender ao interesse público.

Participaram da “concorrência” acima referida diversas instituições financeiras de primeira linha, dentre elas a Ré, o Banco Bradesco, a Caixa Econômica Federal - CEF, dentre outras.

Sagrou-se vencedor do certame o BANCO BRADESCO, que ofereceu a seguinte proposta: para o ano de 2008, como remuneração das verbas depositadas o percentual de 0,3379% (aplicado sobre o saldo médio dos depósitos judiciais), correspondendo a uma remuneração anual de R\$ 214.904.400,00 e para o ano de 2009 o percentual de 0,448% correspondendo a uma remuneração anual de R\$ 338.688.000,00.

Nem é preciso mencionar que estes valores se mostraram muito superiores ao que o Tribunal de Justiça vinha recebendo do Réu por conta do Convênio celebrado em 30/11/2005, até porque naqueles documentos estava prevista a remuneração para o TJRJ na ordem de 0.25 % do saldo médio dos depósitos judiciais.

Inconformado com o resultado da “seleção” realizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o Réu pleiteou a instauração do procedimento de controle administrativo junto ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ (PCA nº 2008.10.00.000211-7), visando a sua anulação, argumentando, em síntese, que: (a) o certame seria nulo por ofensa à Lei Federal n. 8.666/93 e; (b) o vencedor do certame deveria ser uma “instituição financeira oficial”, expressão que, segundo o Banco do Brasil, deve ser lida como instituição financeira *sob controle estatal*.

À margem de toda a defesa apresentada pelo Tribunal de Justiça deste Estado naquele procedimento administrativo de controle, representado pela PGE-RJ, o CNJ proferiu decisão liminar no seguinte sentido:

“(…), a) suspender o processo de contratação do Banco Bradesco S.A., bem como a ordem constante do Ofício n. PRES/DEPRE n. 266, de 12.02.2008, e, b) determinar que o requerente permaneça responsável pelo recebimento e administração de tais depósitos, até o pronunciamento final deste Conselho Nacional de Justiça.”

No julgamento final – cuja relatoria ficou a cargo do Conselheiro ALTINO PEDROZO DOS SANTOS – o plenário do CNJ, por maioria, houve por bem julgar procedente o pedido, em acórdão assim ementado:

“EMENTA. DEPÓSITOS JUDICIAIS. CONTAS. ADMINISTRAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. PREFERÊNCIA LEGAL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS OFICIAIS.

I - A administração de contas de depósitos judiciais constitui prestação de serviços por instituição financeira e a sua concessão pelo Poder Judiciário há de ser precedida de licitação, diante do disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e na Lei n. 8.666/93.

II - Nos termos do artigo 666, inciso I, do Código de Processo Civil e leis correlatas, os depósitos judiciais devem, preferencialmente, como regra, ser realizados em estabelecimento de crédito oficial,

admitindo-se que o sejam em estabelecimentos de crédito privado apenas na hipótese de inexistência daquele na localidade da sede do órgão do Poder Judiciário.

III - Procedimento de Controle Administrativo de que se conhece e que se julga procedente.”

Necessário registrar, neste momento, dois fatos importantes: a) o TJRJ assinou convênio com o Bradesco, que está suspenso por decisão do CNJ; e b) o ESTADO DO RIO DE JANEIRO ajuizou mandado de segurança perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, visando à anulação da decisão proferida pelo CNJ, em desfavor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, data vênua, do interesse público.

Diante do problema jurídico surgido, alternativa não restou ao Tribunal de Justiça, para atender ao interesse público, senão buscar a celebração de um novo – e transitório – Convênio com o Banco do Brasil, até que a pendenga jurídica fosse resolvida pelo STF. As partes assinaram o ajuste (Convênio de Cooperação nº 003/026/08) em 11 de janeiro de 2008, e, em sua **Cláusula Segunda** (onde constaram as obrigações do Banco do Brasil), restou estabelecido que –

“O BANCO se obriga a remunerar o TRIBUNAL durante a vigência deste convênio, em caráter de apoio financeiro, e a repassar, mensalmente, o valor resultante da aplicação do índice de 0,22 % *pro rata diem* o valor do saldo médio dos depósitos judiciais.”
Quanto ao **prazo de vigência**, a **Cláusula Quarta** estabelecia que –

“o presente convênio terá início a partir de sua assinatura e vigorará enquanto não for iniciada, por razões operacionais ou por impedimento administrativo ou judicial, a execução do convênio celebrado entre o TRIBUNAL e o Banco Bradesco S/A, limitado a 31/12/2008, prorrogável a critério das partes por igual período”

No dia 27/11/2008 as partes assinaram o Primeiro Termo Aditivo (Termo nº 003/1015/2008) ao ajuste transitório acima mencionado e entenderam por bem, voluntariamente, alterar o teor da **Cláusula Segunda** para dela constar o seguinte:

“O BANCO se obriga a remunerar o TRIBUNAL durante a vigência deste Convênio, em caráter de apoio financeiro, e a repassar, mensalmente, o valor resultante da aplicação do índice de 0,24 % *pro rata diem* sobre o valor do saldo médio dos depósitos judiciais.”

Quanto ao prazo de vigência, restabeleceram as partes que o ajuste passaria a vigor até 30/04/2009, MANTENDO INTACTADAS TODAS AS DEMAIS CLÁUSULAS E REGRAS ESTABELECIDAS NO CONVÊNIO PRIMITIVO.

Até o dia 29 de abril de 2009, véspera do ajuizamento da ação cautelar acima referida, o Tribunal de Justiça tentou obter do Réu a concordância com a prorrogação do Convênio acima mencionado, até que o problema jurídico surgido a partir do negócio celebrado com o Banco Bradesco fosse resolvido. As tentativas do TJRJ foram em vão, já que o Banco do Brasil, ao que parece, pretende continuar a administrar os depósitos judiciais, sem, contudo, repassar ao Tribunal os valores resultantes da aplicação do percentual de “0.24 % *pro rata diem* sobre o valor do saldo médio dos depósitos judiciais”, tal qual previsto no Convênio de Cooperação.

Diante da insólita posição do Réu, alternativa não restou ao Estado senão o ajuizamento da aludida medida cautelar, preparatória da presente ação ordinária de obrigação de fazer.

Ressalte-se, por importante, que esse MM. Juízo DEFERIU A LIMINAR no bojo da Ação Cautelar, em referência, nos exatos termos do pedido contido na inicial.

(III) ODIREITO

A postura adotada pelo Réu viola normas-regras e normas-principiológicas que constituem abuso de poder econômico, abuso de direito (abuso de posição adquirida no mercado), lesão ao interesse público, à boa-fé, sobretudo objetiva, e ao princípio da razoabilidade.

(III.1) ABUSO DE PODER ECONÔMICO. USO ABUSIVO DE POSIÇÃO ADQUIRIDA NO MERCADO INTERNO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OFICIAL. PREÇO MANIFESTAMENTE INFERIOR E DESPROPORCIONAL.

Consoante se noticiou acima, no julgamento final do procedimento de controle administrativo (PCA) suscitado pelo Réu – cuja relatoria ficou a cargo do Conselheiro ALTINO PEDROZO DOS SANTOS –, o plenário do CNJ, por maioria, houve por bem julgar procedente o pedido, em acórdão assim ementado:

“EMENTA. DEPÓSITOS JUDICIAIS. CONTAS. ADMINISTRAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. PREFERÊNCIA LEGAL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS OFICIAIS.

I - A administração de contas de depósitos judiciais constitui prestação de serviços por instituição financeira e a sua concessão pelo Poder Judiciário há de ser precedida de licitação, diante do disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e na Lei n. 8.666/93.

II - Nos termos do artigo 666, inciso I, do Código de Processo Civil e leis correlatas, **os depósitos judiciais devem, preferencialmente, como regra, ser realizados em estabelecimento de crédito oficial, admitindo-se que o sejam em estabelecimentos de crédito privado apenas na hipótese de inexistência daquele na localidade da sede do órgão do Poder Judiciário.**

III - Procedimento de Controle Administrativo de que se conhece e que se julga procedente.”

Neste sentido, o CNJ determinou que “os depósitos judiciais devem, preferencialmente, como regra, ser realizados em estabelecimento de crédito oficial, admitindo-se que o sejam em estabelecimentos de crédito privado apenas na hipótese de inexistência daquele na localidade da sede do órgão do Poder Judiciário”.

O teor da aludida decisão (i) impediu o TJ/RJ de contratar com o BANCO BRADESCO, instituição de crédito privado DE PRIMEIRA LINHA, TAL QUAL O BANCO DO BRASIL, bem como (ii) assegurou ao Réu o direito de, na qualidade de estabelecimento de crédito oficial, manter os termos do Convênio de Cooperação nº 003/026/08 e do Primeiro Termo Aditivo (Termo nº 003/1015/2008).

Ocorre que o Réu está abusando de seu poder econômico e da sua posição adquirida no mercado (e pela decisão do CNJ), de estabelecimento de crédito oficial, para, então, compelir o TJ/RJ a aceitar os valores dos percentuais de repasse dos depósitos judiciais por ele arbitrados unilateralmente, e, diga-se, **em patamares muito inferiores aos oferecidos por outras instituições financeiras de primeira linha.**

O abuso do poder econômico e o uso abusivo de sua posição de mercado restam flagrantemente caracterizados quando da análise dos fatos que ensejaram o ajuizamento da ação cautelar, e, agora, o da presente ação ordinária.

Na linha defendida acima, a partir do ano de 2007, o Tribunal de Justiça deste Estado, visando atender ao princípio da isonomia, entendeu por bem deflagrar procedimento seletivo simplificado (processo administrativo nº 2007/299208) para, **após a devida competição entre instituições financeiras de primeira linha**, ser escolhida a que melhor se mostre apta à captação, administração e remuneração dos depósitos judiciais, tudo com o fim de atender ao interesse público.

Participaram da “concorrência” acima referida diversas instituições financeiras de primeira linha, dentre elas a Ré, o Banco Bradesco, a Caixa Econômica Federal - CEF, dentre outras.

Sagrou-se vencedor do certame o BANCO BRADESCO, que ofereceu a seguinte proposta: para o ano de 2008, o percentual de **0,3379%** (aplicado sobre o saldo médio dos depósitos judiciais), correspondendo a uma remuneração anual de R\$ 214.904.400,00 e para o ano de 2009 o percentual de **0,448%** correspondendo a uma remuneração anual de R\$ 338.688.000,00.

Nem é preciso mencionar que estes valores se mostraram muito superiores ao que o Tribunal de Justiça vinha recebendo do Réu por conta do Convênio celebrado em 30/11/2005, até porque naqueles documentos estava prevista a remuneração para o TJ/RJ na ordem de 0.25 % do saldo médio dos depósitos judiciais.

Assim, facilmente se verifica que o Réu está abusando do seu poder econômico, bem como de sua posição de mercado, para, na qualidade de estabelecimento estatal, obrigar o TJ/RJ a aceitar os valores de sua proposta, que, diga-se, se apresentam manifestamente inferiores e desproporcionais à proposta do BANCO BRADESCO.

Note-se, porque relevante, que a legislação pátria busca combater práticas abusivas no mercado, como as implementadas pelo Réu no caso ora em apreço, especialmente a partir do conteúdo normativo dos artigos 20 e 21, ambos da Lei Federal n.º 8.884/94. Senão vejamos:

“Art. 20 – Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados:

(...)

IV – Exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 2.º - Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3.º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.” (sem grifos no original)

“Art. 21 – As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração a ordem econômica:

(...)

XIV – Dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão da recusa da outra parte em **submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais**;

(...)

XXIV – Impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I – O preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II – O preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III – **O preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis**;

IV – A existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou de respectivos custos.” (sem grifos no original)

Diante do manifesto **abuso do poder econômico** e do mau uso da posição adquirida no mercado, torna-se evidente que o Réu não pode compelir o TJ/RJ a praticar e ou aceitar os valores manifestamente inferiores e desproporcionais em relação ao mercado, seja ele público, seja privado, sobretudo quando existem propostas de instituições financeiras sólidas, de primeira linha (como soe acontecer com o Bradesco), com valores muito superiores.

Destaque-se que não se pretende interferir nas propostas comerciais que foram apresentadas pelo banco Réu no certame seletivo anteriormente mencionado. Todavia, não se mostra possível, sob pena de restar configurado abuso de poder econômico, que o banco Réu imponha ao TJRJ proposta manifestamente irrazoável e flagrantemente inferior (quase 100 % a menos) do que outro Banco de primeira linha (Bradesco) e, com isso, imponha ao Estado do Rio de Janeiro/Poder Judiciário o dissabor de amargar, por ano, **prejuízo financeiro na ordem de cento e cinquenta milhões de reais**, valores estes que seriam revertidos integralmente para modernização do Poder Judiciário, garantindo-se, com isso, efetividade à dignidade humana do cidadão com o acesso à justiça eficaz.

Todas estas razões levam ao reconhecimento do pedido do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, forte no sentido de compelir o Réu a repassar ao TJ/RJ a importância equivalente à proposta do BANCO BRADESCO, vencedora do processo seletivo por ele realizado, isto é, o percentual mensal de 0,448% dos valores por ele administrados. O que, desde já, se requer.

Com fundamento no artigo 289 do CPC, pede-se, sucessivamente, que não sendo conhecida a pretensão nos termos acima postulados, que o Poder Judiciário, reconhecendo a posição dominante do banco Réu e o abuso de poder econômico, que arbitre, à luz de indicadores razoáveis, percentuais outros, proporcionais à proposta vencedora do banco Bradesco e da proposta apresentada no processo seletivo pelo

Banco do Brasil, buscando média que atenda ao interesse público e que não configure abuso de poder dominante no mercado.

Ainda com fundamento no artigo 289 do CPC, pede-se, na hipótese de não serem acolhidas as duas pretensões anteriormente veiculadas, que seja o Réu compelido a cumprir com as obrigações contidas no Termo Aditivo nº 003/1015/2008, ao Convênio de Cooperação nº 003/026/08, tal qual postulado na ação cautelar mencionada no preâmbulo desta petição inicial, até que seja definitivamente resolvida a pendência jurídica posta perante o STF ou que as partes concertem novo convênio amigavelmente.

(III.2)

VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA e DA BOA-FÉ.

A posição do Réu de, mesmo sabendo que o Convênio celebrado com o Banco Bradesco está *sub judice*, pretender continuar a captar e gerir os valores dos depósitos judiciais, OBTENDO LUCRO, sem que pague ao Tribunal de Justiça os valores compatíveis com a proposta apresentada pelo BANCO BRADESCO, ou até mesmo os valores constantes no último ajuste por eles assinado, além de caracterizar verdadeiro abuso de poder econômico e de uso abusivo de posição de mercado, viola, por igual, a **boa-fé** e a **eticidade** que devem reger os negócios jurídicos, sobretudo aqueles subscritos por pessoas jurídicas que integram a administração pública.

Isto porque o Direito cada vez mais consagra o reconhecimento da “força normativa dos fatos”, preservando a “aparência do bom Direito” e o “princípio da realidade”, que importa que não se deve desconsiderar o mundo dos fatos no exame das situações, até mesmo para preservar a segurança jurídica e a confiança legítima, tudo em nome de um pragmatismo que deve ter por fim maior a preservação do interesse público.

O princípio da Segurança Jurídica é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, garantindo a paz social e a estabilidade das relações jurídicas. Para que possa ser aferida a potencialidade normativa desse princípio, resta necessário identificar os seus conteúdos, quais sejam: (i) a certeza do direito; (ii) a intangibilidade das relações jurídicas; (iii) confiança do tráfego das situações jurídicas (cláusula geral da boa-fé, teoria da aparência, princípio da confiança legítima); (iii) devido processo legal.

O Código Civil de 2002 apresenta como princípios norteadores a operabilidade, a sociabilidade e a eticidade. Esta última se materializa com a consagração da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

Neste contexto, faz-se importante dizer que o Réu, na qualidade de integrante da Administração Pública Federal Indireta, está obrigado a cumprir e respeitar as regras de eticidade, de boa-fé e de segurança jurídica em razão do exposto no artigo 2º, *caput* e parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal):

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, proporcionalidade, **moralidade**, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, **interesse público** e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

IV - **atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;**”

A respeito da compreensão do **princípio da boa-fé em sentido objetivo**, sobretudo à

luz do direito administrativo, mostram-se esclarecedoras as lições de EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

“Faz-se necessário, no entanto, distinguir-se dois ângulos pelos quais juridicamente se manifesta a boa-fé, quais sejam o objetivo e o subjetivo.

(...)

A doutrina publicista adotou a diferenciação. Acorrendo-se, mais uma vez, a Dominique Lagasse, tem-se, “- a boa-fé subjetiva, que significa ausência de má-fé, de intenção dolosa ou mentirosa, a ausência de consciência (defeituosa) do caráter errôneo ou ilegal de um comportamento; - a boa fé objetiva, que é o comportamento do homem normalmente equitativo e razoável que age tendo em conta os interesses legítimos da outra parte (...).”¹

Sobre a aplicação do princípio da boa-fé aos negócios jurídicos celebrados pelas entidades que compõem a Administração Pública, também necessárias as palavras do consagrado jurista espanhol JESUS GONZALES PÉRES, que parecem escritas para o caso vertido nesta demanda:

“A boa-fé como princípio geral constitui uma regra de conduta a que não se ajustam todas as pessoas em suas respectivas relações. O que significa, como diz Díez-PICAZO: ‘que devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações; e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre elas. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta, por sua vez, nas duas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercer-se de boa-fé; as obrigações devem cumprir-se de boa-fé”

E prossegue o jurista espanhol:

“A boa-fé incorpora o valor ético da confiança. Representa uma das vias mais fecundas de irrupção do conteúdo ético-social na ordem jurídica, e, concretamente, o valor de confiança. Serve de base para a integração do Ordenamento conforme as regras ético-materiais, a idéia de fidelidade e de crédito, ou de crença e confiança (Treu und Glauben) (...)’O princípio da boa-fé resultará infringido pelo simples fato de não se haver levado em conta a lealdade e a confiança devida a quem conosco se relaciona (...)’A administração, precisamente por ser possuidora de potestades e prerrogativas, vê-se obrigada, mais que ninguém, a seguir uma conduta de exemplaridade e de boa-fé (...) nem pode quebrantar os pactos que tenha convencionado, nem atuar à margem da legalidade e da boa-fé a que lhe obrigam pactos que haja concertado”^{1,2} – grifamos.

¹ PEREIRA JÚNIOR, Edilson Nobre. O Princípio da Boa-Fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p.150.

² PÉREZ, Jesus Gonzáles. In *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 2ª ed.. Madrid: Civitas, 1989, p. 28.

Mas não é só.

A postura do Réu fere, ainda, a *confiança legítima* que o Tribunal de Justiça e a sociedade deste Estado depositaram no Programa de Modernização do Poder Judiciário, decorrente dos recursos financeiros repassados pelo Réu pela administração dos depósitos judiciais, fato que se incorporou ao planejamento econômico e financeiro do TJRJ para bem administrar o acesso à justiça.

Diante do exposto, a postura do Réu deve ser tida por ilegal, de modo a permitir que a importância equivalente à proposta do BANCO BRADESCO, vencedora do processo seletivo por ele realizado, seja obedecida pelo Réu, ou, alternativamente, os termos do último convênio assinado pelas partes, com a alteração constante do Termo Aditivo, se mantenham em vigor até que se resolva a questão jurídica posta à apreciação do STF, sob pena de se ter ainda violada a regra que impede o *abuso de direito*, uma vez que o CNJ determinou que o TJRJ “contrate”, preferencialmente, instituição financeira oficial, antes da contratação de instituição financeira privada.

Com efeito, dúvidas não há que a *posição adotada pelo Réu constitui abuso de direito*, vez que se vale da posição dominante atualmente, face à *expertise* decorrente da prestação da atividade há anos, para impor ao Tribunal de Justiça, até que o STF se pronuncie sobre a legalidade do Convênio celebrado com o BANCO BRADESCO, as bases negociais que melhor lhe convêm financeiramente. Esta conduta não pode ser tida por legal à luz do que dispõe o artigo 187 do Código Civil.

(III.3)

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – IMPOSSIBILIDADE DE *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*.

Mostram-se de conhecimento convencional as posições jurídicas que vedam que pessoas, sobretudo durante relações jurídicas negociais, se enriqueçam ilicitamente à custa de obrigações desproporcionais e/ou injustas impostas à outra parte.

A vedação do enriquecimento sem causa está prevista nos artigos 884 e seguintes do Código Civil, que merecem ser aplicados à presente demanda. Isto porque, conforme se depreende dos fatos, o Réu pretende continuar a coletar, administrar e a lucrar com o acautelamento dos depósitos judiciais realizados no TJRJ, mas não pretende remunerar o TJRJ nos termos da última negociação havida entre as partes. Das duas uma: ou o Réu pretende não pagar nada ao Tribunal de Justiça, ou pretende pagar o que melhor atender ao seu interesse financeiro, tudo em detrimento do interesse público.

O enriquecimento sem causa resta patente na postura adotada pelo Réu, na medida em que ao não pagar nada ao TJRJ, ou com pagamento em percentuais inferiores ao previsto no último Convênio Celebrado (com a alteração do Termo Aditivo), o Réu estará, em detrimento do Erário, enriquecendo-se sem a devida motivação, bem assim valendo-se de sua momentânea situação dominante à luz dos fatos, em verdadeira subversão ao *princípio da supremacia do interesse público ao interesse privado*.

Diga-se mais: ao pretender alterar unilateralmente as regras estabelecidas entre as partes no último Convênio Celebrado (com a alteração do Termo Aditivo), que, repita-se, lhe foi extremamente favorável à luz das propostas obtidas no processo seletivo realizado pelo TJRJ e vencido pelo Banco Bradesco (com proposta quase 100 % superior à do Réu), constitui evidente situação de *venire contra factum proprium*, o que é repellido pelo ordenamento jurídico, notadamente pelo art. 422 do Código Civil. Confirmando-se, a propósito, a lição de ANDERSON SCHREIBER:

“O *nemo potest venire contra factum proprium* tem como consequência primordial impedir o exercício de conduta

contraditória, ou seja, tornar inadmissível o comportamento posterior. Para muitos autores, esta é a única consequência do *venire contra factum proprium* ou, pelo menos, a que o caracteriza. **Sem embargo disto, se lhe deve atribuir uma outra consequência, secundária, mas igualmente importante na prática judicial, que é a de gerar o dever de reparar o prejuízo derivado da contradição.**³

Por mais este motivo dúvidas não há que a posição adotada pela Ré constitui pretensão de enriquecimento sem causa e denota *venire contra factum proprium*, vez que se vale da posição dominante, atualmente, para impor ao TJRJ as bases que lhe melhor lhe favoreçam economicamente no trato negocial acima referido.

Tal situação se apresenta ainda mais evidente, se cotejada à luz dos valores da proposta apresentada pelo BANCO BRADESCO, vencedora do processo seletivo realizado pelo TJ/RJ, nos seguintes termos, repita-se: (i) para o ano de 2008, o percentual de 0,3379% (aplicado sobre o saldo médio dos depósitos judiciais), correspondendo a uma remuneração anual de R\$ 214.904.400,00 e, (ii) para o ano de 2009, o percentual de 0,448% correspondendo a uma remuneração anual de R\$ 338.688.000,00.

Reitere-se que estes valores se mostraram muito superior ao que o Tribunal de Justiça vinha recebendo do Réu por conta do Convênio celebrado em 30/11/2005 e, agora, por força da liminar deferida no bojo do processo cautelar, ora referida.

(III.4)

RAZOABILIDADE NA POSTULAÇÃO DO ESTADO.

Como é de conhecimento convencional a razoabilidade é um princípio que deve nortear as condutas de todas as pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública, sejam elas integrantes da administração direta ou indireta. Este princípio se aplica para pautar a legalidade de conduta de agentes públicos, mas também para a interpretação de negócios jurídicos celebrados pelo Poder Público.

Mencione-se, a propósito, que o Réu está obrigado a atuar de acordo com regras razoáveis e proporcionais à luz do que dispõe o artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/99, acima transcrito.

A razoabilidade tem sido entendida como decorrência do princípio do devido processo legal, conforme já pontificou o próprio Supremo Tribunal Federal (ADIN's 855-2 e 1158-8). Pela noção de razoabilidade deve o administrador público pautar sua conduta em padrões aceitáveis do ponto de vista da lógica do razoável, atentando-se para três requisitos:

(i) Adequação – em que se analisa a aptidão dos meios empregados para atingir as finalidades desejadas pelo administrador público; isto é, a medida tomada tem de ser adequada para atingir a finalidade perquirida.

(ii) Necessidade – por este requisito analisa-se se, dentre os diversos atos possíveis para atingir a finalidade, o que foi escolhido pelo administrador público é o menos gravoso para atendimento dos fins visados.

³ SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da Confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.154/155.

(iii) Proporcionalidade em sentido estrito – a partir deste requisito analisa-se se a conduta administrativa impõe à sociedade, à luz do estado de coisas vigentes antes de sua adoção, ônus equivalente ao benefício a que se visa proporcionar.

Ora bem. A pretensão negocial do Réu não atende a nenhum dos três subprincípios/requisitos acima mencionados. Vejamos: **a)** não se mostra *adequado*, na medida em que os meios empregados para a negociação, isto é, pagar menos do que havia ajustado no último Convênio e/ou não pagar nada até que o STF decida sobre a legalidade do Convênio celebrado pelo TJRJ com o Banco Bradesco, atende apenas ao seu interesse financeiro, em detrimento do interesse público representado pelo Tribunal de Justiça; **b)** não é *necessário*, eis que não há outros atos e/ou posições a serem adotados - *a não ser para elevar o percentual devido ao TJRJ, nos termos das propostas melhores apresentadas por outras instituições financeiras, conforme acima se mencionou* – para melhor atender ao interesse público defendido pelo TJRJ; e **c)** é manifestamente *desproporcional*, na medida em que instaura situação fática e jurídica pior do que aquela então existente durante a vigência do último Convênio celebrado entre as partes, bem assim do seu Termo Aditivo.

Ao revés, razoável se apresenta a pretensão do Estado do Rio de Janeiro de não ser “lesado” pela proposta aviltante do Réu, quase 100 % inferior à proposta comercial do banco Bradesco (vencedor do procedimento seletivo realizado pelo TJRJ), somente porque é considerado um banco estatal.

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.

Com efeito, é preciso destacar que não se está diante de uma relação comercial bancária pura realizada pelo Réu. Tem-se, em verdade, um negócio jurídico representado por um Convênio de Cooperação, por meio do qual a parcela que cabe ao Poder Público será inteiramente aplicada/revertida à defesa da **dignidade humana do cidadão**, notadamente para ver presente uma prestação jurisdicional mais eficiente e eficaz no Estado do Rio de Janeiro. Por isso é que se sustenta que ao Poder Judiciário é possível intervir na relação negocial objeto desta demanda para garantir a justa remuneração pelos depósitos judiciais e não permitir que prevaleça, diante da posição jurídica do Réu, lesão ao interesse público, sobretudo à dignidade humana do cidadão. Ao Poder Judiciário pede-se a intervenção na relação jurídica objeto da presente demanda, adequando-a ao interesse público à luz de uma visão econômica do Direito.

Por isto é que hoje se afirma, sem medo de erro, que o Estado (e, ou suas entidades da Administração Indireta, como soe ser o Banco do Brasil) não é livre para intervir na ordem econômica como bem entender. Deve observar o **princípio da intervenção sensata na economia**, sobretudo, reafirme-se, para defender valores que prestigiem a **dignidade humana do cidadão e/ou o interesse público que venha a representar tal postulado constitucional**. Neste sentido, confira-se a lição de EGON BOCKMANN MOREIRA:

“O que faz surgir a necessidade de cogitação acerca de uma intervenção sensata; proporcional e razoável ao mercado e aos interesses públicos e privados postos em jogo. Num sistema

capitalista que celebra constitucionalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa e a liberdade de concorrência (Constituição, art. 170), a intervenção do Estado na Economia há de ser necessária, ponderada, excepcional e pontual – com finalidade pública específica.

(...)

A intervenção do Estado na ordem econômica é uma exceção cuja implementação é autorizada pelo princípio da dignidade humana. Ou melhor: é funcionalizada por tal princípio, que torna cogente a finalidade a ser perseguida pela Administração Pública quando da atuação no domínio econômico privado.

Ora, o Estado não pode intervir instruído apenas por uma concepção pró-mercado e pró-concorrência, instruída e desenvolvida com lastro exclusivo na *rationalis* de teorias e leis econômicas. Se assim fosse, caberia deixar à ‘mão invisível’ desse sistema autopoietico a solução de seus problemas e dilemas. **A sensatez da intervenção pública na Economia é oriunda do atendimento aos interesses postos à guarda do próprio Estado, entre os quais assume o primeiro lugar a dignidade da pessoa humana.**⁴ grifamos.

Diante do acima exposto, justificada está a competência e a possibilidade jurídica dos pleitos contidos nesta demanda.

(IV) CONCLUSÃO.

Em razão do acima exposto, o Estado do Rio de Janeiro, defendendo os legítimos interesses do Poder Judiciário, requer e pede a Vossa Excelência:

(i) Seja reconhecida a procedência do pedido, **bem assim concedida a antecipação dos efeitos da tutela**, para o fim de compelir o Réu a repassar ao TJ/RJ a importância equivalente à proposta do BANCO BRADESCO, vencedora do processo seletivo por ele realizado, mais especificamente o percentual de 0,448% do valor dos depósitos por ele administrados.

A necessidade de concessão da **tutela antecipada** pode ser justificada com os argumentos que foram expostos na ação cautelar (aos quais se reporta o autor), mas ficam ainda mais evidentes com as razões jurídicas acima expendidas, bem assim com o perigo iminente na demora consubstanciada em prejuízo financeiro mensal que é imposto ao Poder Judiciário deste Estado, **mantendo-se, em qualquer hipótese, os efeitos da liminar concedida na ação cautelar.**

(i.2) Com fundamento no artigo 289 do CPC, pede-se, sucessivamente, que não sendo conhecida a pretensão nos termos acima postulados, seja julgado procedente o pedido para que o Poder Judiciário, reconhecendo a posição dominante do banco Réu e o abuso de poder econômico, arbitre, à luz de indicadores razoáveis, percentuais outros, proporcionais à proposta vencedora do Banco Bradesco e da proposta (apresentada no processo seletivo pelo Réu), buscando média aritmética que atenda ao interesse público e que não configure abuso de poder/posição dominante no mercado.

⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata.** In Estudos de Direito Econômico. Leila Cuéllar e Egon Bockmann Moreira. Belo Horizonte: Fórum ed, 2004, p. 81-82 e 89-90

Do mesmo modo, pede-se a antecipação da tutela jurisdicional para este pedido sucessivo, eis que, nos termos anexos, a média aritmética realizada administrativamente, nesta data, corresponde a 0,2889 % (1.ª faixa-peso 6, em que se leva em consideração o valor atual da Taxa SELIC, a saber, 10,25% - vide documento em anexo) da remuneração mensal dos depósitos administrados pelo Réu.

(i.3) Ainda com fundamento no artigo 289 do CPC, pede-se, na hipótese de não serem acolhidas as duas pretensões anteriormente veiculadas, seja o pedido julgado procedente para se compelir o Réu a cumprir integralmente os termos do Convênio de Cooperação Nº 003/026/08, devidamente aditado pelo Termo nº 003/1015/2008, até ulterior deliberação amigável entre as partes e/ou até decisão judicial e/ou administrativa que permita ao TJRJ iniciar a execução do Convênio assinado com o Banco Bradesco, e que está a depender de decisão do STF, **mantendo-se, em qualquer hipótese, os efeitos da liminar concedida na ação cautelar.**

(ii) Seja o Réu condenado a ressarcir o Estado do Rio de Janeiro dos valores pagos *a menor*, com base no aludido convênio celebrado com o TJ/RJ, até o trânsito em julgado desta demanda, levando-se em conta a diferença entre os valores pagos e os que deveriam – e devem – ser pagos à luz das pretensões contidas no itens i, i.1, i.2 e, ou i.3 supra, cuja quantia deverá ser apurada em liquidação de sentença.

(iii) Seja o Réu citado para responder aos termos da presente, sob pena de revelia.

(iv) Seja o Ministério Público intimado para acompanhar o processo, ante a indisponibilidade do interesse público em discussão.

Protesta-se por todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente documental, pericial contábil e oral.

Informa-se, para fina do artigo 39 do CPC, que os subscritores receberão intimações na rua Dom Manuel nº 25, sede da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Dá-se à presente o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

P. deferimento,
Rio de Janeiro, 27 de maio de 2009.

FLÁVIO DE ARAUJO WILLEMANN
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos – PSP

BRUNO TELXEIRA DUBEUX
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Assistente da Chefia da Procuradoria de Serviços Públicos – PSP