

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**CAROLINE HOLEK SIMON**

**O PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE  
DA RESOLUÇÃO N.º 24 DO COAF (CONSELHO DE ATIVIDADES FINANCEIRAS)**

**CRICIÚMA (SC)**

**Junho de 2014**

**CAROLINE HOLEK SIMON**

**O PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE  
DA RESOLUÇÃO N.º 24 DO COAF (CONSELHO DE ATIVIDADES FINANCEIRAS)**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado  
para obtenção do grau de Bacharel no Curso  
de Direito da Universidade do Extremo Sul  
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Esp. João Carlos de Medeiros  
Rodrigues Júnior

**CRICIÚMA (SC)**

**Junho de 2014**

**CAROLINE HOLEK SIMON**

**O PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA RESOLUÇÃO N.º 24 DO COAF (CONSELHO DE ATIVIDADES FINANCEIRAS)**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Administrativo.

Criciúma, 11 de junho de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**

**Prof. Esp. João Carlos de Medeiros Rodrigues Júnior – (UNESC) - Orientador**

**Prof. Esp. Maicon Henrique Aléssio – (UNESC)**

**Prof. Esp. Frederico Ribeiro de Freitas Mendes – (UNESC)**

**Dedico este trabalho àqueles que sempre foram os pilares da minha vida, fizeram parte da minha trajetória para que eu conseguisse chegar até aqui e alcançar esse objetivo, incentivando-me e dando apoio necessário e de valor inestimável, meus pais Manoel e Salete, e também ao meu amado esposo Wagner, que fora muito compreensivo nas infindáveis horas de estudo roubadas ao seu convívio.**

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus.

Ao meu esposo Wagner O. Simon, pela paciência, apoio e compreensão;

Aos meus amados pais Manoel e Salete, pelos ensinamentos que me deram base e que me guiaram até aqui;

Aos meus irmãos Dalianzo e Gracielle que já passaram por essa experiência e me transmitiram exemplo e segurança.

Aos demais familiares e amigos.

Minha gratidão aos colegas da Faculdade, pelo companheirismo, estímulo dedicado e pelas grandes lições trocadas diariamente no convívio em sala de aula;

Agradecimento a todos os professores, que foram grandes mestres em suas disciplinas, dos quais sentirei imensa saudades.

Meu agradecimento ao erudito professor João Carlos de Medeiros, por qual tenho imensa afeição, respeito e estima. Agradeço não apenas pela valorosa orientação, mas essencialmente pela serenidade e atenção despendida no desenvolvimento desse trabalho;

Aos nobres membros da banca examinadora, os professores Frederico e Maicon Aléssio, por aceitaram gentilmente a tarefa de avaliar a presente monografia;

A todos aqui mencionados, meus sinceros agradecimentos.

## RESUMO

O ordenamento jurídico atual confere a administração pública prerrogativas que são indispensáveis para o exercício de sua atuação, constituindo a sua capacidade geral de agir, a qual chamamos de poderes da administração pública. A doutrina majoritária entende essa competência como derivada da norma e por ela delimitada, com o fim de atender o interesse público. Esses poderes da administração pública são especificados pelo ordenamento, conforme a finalidade a que se destinam, pois são considerados instrumentos de trabalho adequados para a realização das tarefas administrativas, tais quais: poder vinculado, discricionário, hierárquico, disciplinar, poder de polícia e poder regulamentar. Em seguida, realiza-se o estudo mais aprofundado do poder regulamentar da administração pública, regrado pelos Art. 84 e 87 da Constituição Federal de 1988, que visa regular a atividade administrativa através de expedição de normas regulamentares. Estuda-se no presente trabalho acerca dos decretos autônomos, um tema não unânime quanto a sua existência, mas conceituado pela doutrina como inovação do ordenamento jurídico, que surge alargando as atribuições do poder executivo, quando há uma lacuna na lei. Faz-se também um estudo sobre a polémica Resolução n.º 24 do COAF (Conselho de Atividades Financeiras), onde questiona-se os limites constitucionais no aspecto material do poder regulamentar daquele conselho para poder emitir tal resolução. Em sequência, apresenta-se um estudo sobre uma ADI n.º 4841, ajuizada pela CNPL (Confederação Nacional das Profissões Liberais), bem como um estudo sobre o parecer da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, que esclarece que o poder regulamentar de combate ao crime de lavagem de dinheiro, não pode ser realizado ao arpejo das normas e princípios constitucionais, pois, entende-se que é uma função do gestor público exercer o “poder regulamentar” e não do profissional privado. A metodologia empregada se consubstancia no método analítico, sendo a pesquisa eminentemente descritiva, de análise do direito posto. Conclui-se com a presente pesquisa que para não ferir os princípios constitucionais, o poder regulamentar deveria restringir-se apenas a fiel execução da norma infralegal, ou seja, caberia ao poder executivo apenas reproduzir a norma de forma técnica, aplicando-a ao caso concreto com o objetivo único de atender o interesse coletivo, sem utilizar-se de terceiros.

**Palavras chave:** Competência e Limites da Administração pública. Poder Regulamentar. Resolução n.º 24 do COAF (Conselho de Atividades Financeiras). Lavagem de Dinheiro.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - Parágrafo

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

CNPL - Confederação Nacional das Profissões Liberais

COAF – Conselho de Atividades Financeiras

CTN – Código tributário Nacional

DF – Distrito Federal

EC – Emenda Constitucional

Ed. – Edição

p. – Página

STF – Superior Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>2 CONCEITO E COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>11</b>
<b>2.1 Conceitos da Administração Pública</b> .....	<b>11</b>
<b>2.1.1 Competência da Administração Pública</b> .....	<b>13</b>
<b>2.2 Atos Administrativos</b> .....	<b>14</b>
<b>2.3 Os Poderes da Administração Pública</b> .....	<b>17</b>
<b>2.3.1 Poder Vinculado</b> .....	<b>21</b>
<b>2.3.2 Poder Discricionário</b> .....	<b>22</b>
<b>2.3.3 Poder Hierárquico</b> .....	<b>23</b>
<b>2.3.4 Poder Disciplinar</b> .....	<b>24</b>
<b>2.3.5 Poder de Polícia</b> .....	<b>25</b>
<b>2.4 Extinção dos Atos Administrativos</b> .....	<b>26</b>
<b>2.5 Uso e Abuso de Poder</b> .....	<b>27</b>
<b>3 PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>28</b>
<b>3.1 Decretos Autônomos</b> .....	<b>29</b>
<b>3.2 Conceito de Poder Regulamentar</b> .....	<b>30</b>
<b>3.3 Natureza do Poder Regulamentar</b> .....	<b>32</b>
<b>3.4 Poder, Faculdade ou Atribuição</b> .....	<b>33</b>
<b>3.5 Limites do Poder Regulamentar</b> .....	<b>34</b>
<b>4 ANÁLISE DA RESOLUÇÃO N.º 24 DO COAF (CONSELHO DE ATIVIDADES FINANCEIRAS)</b> .....	<b>41</b>
<b>4.1 ADI</b> .....	<b>54</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>58</b>
<b>ANEXO 1 Resolução n.º 24 do COAF</b> .....	<b>61</b>
<b>ANEXO 2 (ADIN n.º 4841 ajuizada em 23/08/2012 no STF pela CNPL (Confederação Nacional das Profissões Liberais)</b> .....	<b>67</b>
<b>ANEXO 3 (Parecer aprovado em sessão da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), na data de 20/08/2012</b> .....	<b>87</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar o poder regulamentar da administração pública exercido pelo COAF (Conselho de Atividades Financeiras) em especial quanto a autonomia desse órgão em editar a Resolução n.º 24, diante dos princípios que norteiam o direito brasileiro.

O poder regulamentar propõe a administração pública uma maior independência de produção normativa, segundo alguns doutrinadores criando mecanismos de complementação das leis, indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade, tal poder conferido pelo art. 84, inciso IV da CF/88, que diz que compete ao chefe do Poder Executivo expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis.

No entanto, sobre o referido poder regulamentar subsiste a discussão doutrinária acerca do controle de constitucionalidade, todavia se um ato regulamentar ofender diretamente a CF, sem que haja lei a que deva se subordinar, poderá sofrer controle de constitucionalidade através de ADI, (Ação Direta de Inconstitucionalidade), prevista no art. 102, I “a” da CF/88.

Considerando tratar-se de assunto extremamente abrangente, não se pretende exaurir o tema, e sim apresentar alguns contornos titulados relevantes para o exercício do poder regulamentar exercido pelo órgão COAF tentando demonstrar que o poder regulamentar deve estar em consonância com o que preceitua a lei, sob pena de ter seus atos declarados nulos.

Para tanto, abordar-se-á no primeiro capítulo de modo geral a organização da Administração Pública, iniciando-se pelo conceito e competência da Administração Pública, abordando também sobre os atos administrativos, poderes administrativos, extinção dos atos administrativos, uso e abuso do poder.

No segundo capítulo, discorrer-se-á sobre a origem do poder regulamentar da Administração Pública, passando, em seguida, apresentando a definição de Decretos autônomos, conceito de poder regulamentar, natureza do poder regulamentar, discorrendo ainda se trata-se de poder, faculdade ou atribuição e ainda fazendo análise, inclusive jurisprudencial sobre possível anulação do Ato Administrativo no exercício do poder regulamentar.

No terceiro e conclusivo capítulo, a explanação do conteúdo trata exclusivamente da análise da Resolução n.º 24 do COAF, face aos limites

regulamentares de que tratamos inicialmente, apresentando um tema polêmico, ainda sem decisão no STF, onde se questiona a constitucionalidade das novas regras impostas pela resolução, especialmente aos profissionais liberais com a argumentação de que a alteração da lei viola princípios constitucionais

A elaboração deste trabalho seguirá o método eminentemente analítico, sendo a pesquisa descritiva apenas de análise do direito posto, fundamentado em pesquisas bibliográficas, pesquisas jurisprudenciais e análise da ADI n.º 4841 ajuizada pela CNPL (Confederação Nacional das Profissões Liberais) e parecer da OAB sobre a resolução n.º 24 do COAF.

No presente estudo, busca-se a sistematização das ideias que permeiam o trabalho dando ênfase para os aspectos relevantes e que realmente merecem menção.

## 2. CONCEITO E COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1 Conceitos da Administração Pública

Com o intuito de compreender em essência o conceito e a competência da administração pública, faz-se necessário o estudo sobre algumas noções básicas acerca dessas definições.

Para Carvalho Filho (2013, p. 11): “O verbo administrar indica *gerir, zelar*, enfim uma ação dinâmica de supervisão. O adjetivo *pública* pode significar não só algo ligado ao Poder Público, como também à coletividade ou ao público em geral”.

De acordo com Gasparini (2000, p. 39), o conceito de Administração Pública:

Dada a etimologia do vocábulo “administração” (*manus, mandare*, cuja raiz é *man*), é lícito natural a ideia de comando, orientação, direção e chefia, ao lado da noção de subordinação, obediência e servidão, se se entender sua origem ligada a *minor, minus*, cuja raiz é *min*. De qualquer modo, a palavra encerra a ideia geral de relação hierárquica e de um comportamento eminentemente dinâmico.

Di Pietro (2011, p.50) aponta dois sentidos para o conceito da expressão Administração Pública, sentido subjetivo e objetivo:

- a) em sentido **subjetivo, formal** ou **orgânico**, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos** incumbidos de exercer uma das funções em que se triparta a atividade estatal: a função administrativa;
- b) em sentido **objetivo, material** ou **funcional**, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria **função administrativa** que a incumbe, **predominantemente**, ao Poder Executivo.

Meirelles (2003, p. 63) classifica o conceito de Administração Pública em sentido formal e material:

**Administração Pública** – Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

Ainda, no mesmo sentido, o exegeta supramencionado complementa que “a Administração, não pratica atos de governo; pratica, tão somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes” (MEIRELLES, 2003, p. 63).

A partir desse entendimento, o jurista concretiza seu entendimento globalizando a visão do termo, no qual afirma que “a Administração é, pois, todo aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas”. (MEIRELLES, 2003, p. 63).

Segundo Moraes (2008, p. 77), assevera que a Administração Pública engloba a Administração Direta e a Indireta:

A Administração Direta é constituída por órgãos públicos despersonalizados e que desenvolvem atividades próprias do Estado, prestando, diretamente ou por meio de colaboradores (contratados, concessionários, permissionários etc.), serviços públicos à sociedade.

A Administração indireta é composta por entidades detentoras de personalidade própria, podendo ser de direito público (autarquias e agências reguladoras) ou de direito privado (empresas públicas, fundações públicas e sociedade de economia mista), criadas e autorizadas por lei para, as de direito público executarem atividades próprias do Estado, com maior liberalidade e agilidade, e as de direito privado para atuarem na economia ou em atividade que a presença do estado na seja obrigatória.

O mesmo autor conceitua “A expressão “Administração Pública” é, no sentido objetivo, o conjunto de bens e direitos próprios para a execução da função administrativa; no sentido subjetivo o conjunto de pessoas (órgãos), públicos ou privados que executam a atividade administrativa”. (MORAES, 2008, p.78).

Todavia, Medauar (2003, p. 47-48) exemplifica seu entendimento, dividindo o conceito de Administração Pública em dois aspectos, funcional e organizacional:

No aspecto funcional, *Administração Pública* significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções do governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, por exemplo: ensino público, calçamento de ruas, coletas de lixo [...].

Sob o ângulo organizacional, *Administração Pública* representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo. Nesse enfoque predomina a visão de uma estrutura ou aparelhamento articulado, destinado à realização de tais atividades; pensa-se, por exemplo, em ministérios, secretarias, departamentos, coordenadorias etc.”.

A autora também justifica e define que há uma diferenciação entre Administração e governo, onde elenca que **governo** “tem a ver com a tomada de decisões, fundamentais à vida da coletividade, com vistas até o seu futuro; **administração** significa realizar tarefas cotidianas e simples”. (MEDAUAR, 2003, p. 50, grifo nosso).

Carvalho Filho (2013, p.11) também esclarece que a Administração pública se divide em dois Sentidos, Objetivo e Subjetivo. Para o Autor, o sentido objetivo, caracteriza que a atividade “deve consistir na própria atividade administrativa exercida pelo Estado, por seus órgãos e agentes caracterizando, enfim, a *função Administrativa*, [...] No sentido subjetivo “a expressão pode também significar o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas”.

### 2.1.1 Competência da Administração Pública

A função administrativa, em regra, é reservada ao Estado, manifestada através de seus órgãos. “Portanto, a regra geral é que a competência administrativa é atribuída a um ou mais órgãos estatais”. (JUSTEN FILHO, 2005, p.195).

O mesmo autor assevera que cada órgão “[...] recebe determinada competência. Existe uma divisão de competências entre os diversos órgãos administrativos. Essa divisão é produzida pelas normas jurídicas [...]” (JUSTEN FILHO, 2005, p.195).

Segundo Meirelles (2003, p. 147) aduz a respeito da competência da Administração Pública:

A competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Pode entretanto ser delegada e avocada, desde que permitam as normas reguladoras da Administração. Sem que a lei faculte essa deslocação de função não é possível a modificação discricionária da competência, porque ela é elemento vinculado de todo ato administrativo, e, pois insuscetível de ser fixada, alterada ao nuto do administrador e ao arripio da lei.

Para Medauar (2003, p. 150) “A *competência* resulta explícita ou implicitamente da norma e é por ela delimitada, se no âmbito das relações entre particulares a capacidade é a regra, no âmbito do direito administrativo a competência deve decorrer da norma”.

Nas palavras de Di Pietro (2011, p. 205) “Pode-se, portanto, definir competência como o **conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo** (grifo do autor).

A renomada autora também descreve sobre as regras aplicadas à competência:

1. decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer por si as suas atribuições;

2. é inderrogável, seja pela vontade da administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público.
3. por ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei. (DI PIETRO, 2011, p. 206).

Entende Maffini (2009, p. 95) a respeito da competência administrativa que os atos da administração pública devem ser praticados por aqueles que tiverem competência:

O primeiro dos elementos dos atos administrativos é a competência, aqui compreendida como a habilitação jurídica para a prática do ato administrativo, da qual a capacidade jurídica é pressuposto. Segundo tal elemento, os atos administrativos devem ser praticados por aqueles que tiverem competência para tanto, sob pena de invalidade, ou seja, ato administrativo que for praticado por quem não tiver atribuição para tal será inválido.

Na lição de Carvalho Filho (2013, p.106-107), este assevera que “o elemento da competência administrativa anda lado a lado com o da *capacidade* no direito privado”.

[...] Capacidade, como não desconhecemos, é a idoneidade de atribuir-se a alguém titularidade de relações jurídicas. No direito público há um plus em relação ao direito privado: naquele se exige que, além das condições normais necessárias à capacidade, atue o sujeito da vontade dentro da esfera que a lei traçou. Como o Estado possui, pessoa jurídica que é, as condições normais de capacidade, fica a necessidade de averiguar a condições específica, vale dizer, a competência administrativa de seu agente.

A partir desses entendimentos dos juristas acima mencionados, pode-se concluir que a competência é uma habilitação jurídica que deriva da norma e é por ela delimitada para que os órgãos da administração pública possam atender o interesse coletivo.

## 2.2 Atos Administrativos

Nas palavras da jurista Di Pietro, temos a origem da expressão Ato administrativo, segundo seu entendimento “Onde existe Administração Pública, existe *ato administrativo*; no entanto, nem sempre se utilizou essa expressão, pois se falava mais comumente em atos do Rei, atos do Fisco, atos da Coroa” (DI PIETRO, 2011, p.193).

Embora não se saiba exatamente em que momento a expressão foi utilizada pela primeira vez, o certo é que o primeiro texto legal que fala em atos da Administração Pública em geral, foi a Lei de 16/24-8-1790, que

vedava aos Tribunais conhecerem de “operações dos corpos administrativos”. Depois a mesma proibição constou da Lei de 3-9-1795, onde se proibiu “aos tribunais conhecer dos atos da administração, qualquer que seja a sua espécie”. Essa norma é que deram origem na França, ao contencioso administrativo; para separar as competências, houve necessidade de elaboração de listas dos atos da Administração excluídos da apreciação judicial. (DI PIETRO, 2011, p.193).

A mesma autora, ainda elaborou a definição do ato administrativo, apresentando dois critérios: “**subjetivo** e **objetivo**, o primeiro levando em consideração o órgão que pratica o ato e, o segundo, o tipo de atividade exercida” (grifo do autor).

Pelo critério **subjetivo, orgânico** ou **formal**, ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos; ficam excluídos os atos provenientes dos órgãos legislativo e judicial, ainda que tenham a mesma natureza daqueles; e ficam incluídos todos os **atos da Administração**, pelo só fato de serem emanados de órgãos administrativos, como os atos normativos do executivo, os atos materiais, os atos enunciativos, os contratos.

Pelo critério **objetivo, funcional** ou **material**, ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da **função administrativa**, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos. (DI PIETRO, 2011, p.195, grifo do autor).

Para Di Pietro (2011, p.197), “para definir o ato administrativo, é necessário considerar os seguintes dados”.

1. ele constitui **declaração do Estado** ou de quem lhe faça as vezes; é preferível falar em **declaração** do que em **manifestação**, porque aquela compreende sempre uma exteriorização do pensamento, enquanto a manifestação pode não ser exteriorizada; o próprio silêncio pode significar manifestação de vontade e produzir efeito jurídico, sem que corresponda a um ato administrativo; falando-se em **Estado**, abrangem-se tanto os órgãos do Poder executivo como os dos demais Poderes, que também podem editar atos administrativos;
2. sujeita-se a **regime jurídico administrativo**, pois a Administração aparece com todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público; com isto, afastam-se todos os atos de direito privado praticados pelo estado;
3. **produz efeitos jurídicos imediatos**; com isso, distingue-se o ato administrativo da lei e afasta-se de seu conceito o regulamento que, quanto ao conteúdo, é ato normativo, mais semelhante à lei; e afastam-se também os atos não produtores de efeitos jurídicos diretos, como os atos materiais e os atos enunciativos;
4. é sempre passível de controle judicial;
5. sujeita-se à lei. (DI PIETRO, 2011, p. 197, grifo do autor).

Segundo Moraes (2008, p. 87) “Uma das consequências da separação dos Poderes foi a distinção dos atos praticados por cada um deles”. Distinguindo-se então os atos do legislativo, judiciário e administrativo. “O conceito de ato administrativo foi evoluindo com o tempo; hoje, o ato administrativo não se vincula

ao Poder Executivo, pois qualquer atuação proveniente de um ente público faz parte do gênero *ato administrativo*”.

Da lição de Meirelles (2003, p. 145), extrai-se o entendimento sobre Ato Administrativo.

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Nesse aspecto esclarece o autor que “o conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública”. (MEIRELLES, 2003, p. 145).

O mesmo autor ainda apresenta cinco requisitos necessários à formação do ato administrativo, quais sejam: “competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Tais componentes, pode-se dizer, constituem a infraestrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão”. (MEIRELLES, 2003, p. 146).

Da lição de Medauar (2003, p. 148) extrai-se o seguinte entendimento:

O *Ato administrativo* constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões formadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.

Para a renomada autora, “Hoje deve-se entender a “vontade” que se exprime no ato administrativo, não como um fato psíquico, de caráter subjetivo, mas como um momento objetivo”. [...] “É uma das consequências do princípio da impessoalidade que norteia as atividades da Administração brasileira (art. 37, *caput*, da CF)”. (MEDAUAR, 2003, p. 149).

Na argúcia de Justen Filho (2005, p. 182) “***Ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa***” (grifo do autor).

O ato administrativo é uma “*manifestação de vontade*”, no sentido de que exterioriza a vontade de um sujeito dirigida a algum fim. Isso significa a existência de dois aspectos inconfundíveis na vontade. Há a exteriorização física, consistente numa ação ou omissão. Mas há um aspecto interno, volitivo, que é a causa da ação ou omissão. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 185).

Sobre o tema, Gasparini (2000, p. 55) conceitua ato administrativo como sendo:



Toda prescrição, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.

Ainda acrescenta sua doutrina, sobre os atos administrativos:

Desse modo, são atos administrativos as prescrições unilaterais, concretas ou abstratas, enunciadas pelas autoridades legislativas, judiciárias, as emanadas das cortes de conta e as proferidas pelos concessionários e permissionários de serviços públicos, sempre que observarem o regime jurídico aplicável a essa espécie de ato administrativo da Administração Pública, além obviamente, das prescrições editadas pela própria Administração Pública que observarem idêntico regime jurídico. (GASPARINI, 2000, p. 54).

O Jurista Carvalho Filho (2013, p. 100-101) disserta sobre a caracterização do ato administrativo:

Consideramos, todavia, que três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo. Em primeiro lugar, é necessário que a vontade emane de agente da Administração pública ou dotado de prerrogativa desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria ser regida basicamente pelo direito público.

Dessa maneira, conclui-se que o Ato jurídico consiste em uma ferramenta utilizada por um agente investido de prerrogativas específicas e públicas ou por ele autorizada, e, está preordenado a determinado fim cujo interesse deve ser sempre público.

### **2.3 Os Poderes da Administração Pública**

A estrutura atual do ordenamento jurídico confere à Administração Pública, certa “discricionariedade”, porém com algumas prerrogativas que são indispensáveis a consecução da sua finalidade que chamamos de poderes administrativos.

Os poderes administrativos nascem junto com essa “discricionariedade”, e são diversificados conforme o interesse da coletividade, exigências e objetivos a que a administração pública se destina.

Para que haja uma adequada realização das tarefas administrativas, os poderes administrativos são tidos como instrumentais, ou seja, como forma de trabalho aos encargos que lhe são atribuídos:

Nesse sentido, citamos o posicionamento de Hely Lopes Meireles:

Dentro dessa diversidade, são classificados, consoante a liberdade da Administração para a prática de seus atos, em *poder vinculado* e *poder discricionário*; segundo visem ao ordenamento da Administração ou à punição dos que a ela se vinculam, em *poder hierárquico* e *poder disciplinar*; diante da sua finalidade normativa, em *poder regulamentar*; e tendo em vista seus objetivos de contenção dos direitos individuais, em *poder de polícia*. (MEIRELES, 2003, p.112-113)

Nas palavras de Di Pietro, (2011, p. 90): [...] “tais poderes são inerentes à Administração Pública, pois, sem eles, ela não conseguiria fazer sobrepor-se a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse privado”.

De singular compreensão, Moraes (2008, p. 48) também vislumbra a supremacia imposta pelo interesse público para buscar sua finalidade e à satisfação da coletividade:

A supremacia da Administração Pública, imposta pelo interesse público de seus atos que visam à satisfação da coletividade, faz surgir, em seu favor, a existência de instrumentos de atuação consubstanciados através de poderes específicos e com finalidade distintas, como o poder hierárquico que tem por finalidade impor organização na Administração Pública; o poder regulamentar que visa regular a atividade administrativa através da expedição de normas regulamentares; o poder disciplinar exercido para o controle da atuação dos servidores e agentes públicos; e o poder de polícia, utilizado para limitar e disciplinar a atividade administrativa vinculada ao interesse da Administração Pública e dos administrados no que tange aos bens e direitos individuais e coletivos.

É de grande relevância também o que assevera Maffini, (2009, p. 57) que divide os poderes administrativos em *sentido próprio* e em *sentido impróprio*:

Analisando-se os poderes administrativos mais detidamente, tal como costumam ser enfrentados pela doutrina, percebe-se que alguns deles são poderes em sentido próprio, uma vez que consistentes em prerrogativas públicas propriamente ditas (ex. poder de polícia, poder regulamentar, poder disciplinar, poder de auto tutela e poder hierárquico), Outros, contudo, não são propriamente prerrogativas – daí por que se os denomina de poderes em sentido impróprio – representando modos de concretização das regras de atribuição e competência, como é o caso do poder vinculado e do poder discricionário.

Esse conceito de “poderes da Administração Pública” numa concepção ampla relacionada com a sua relação com a sociedade consiste em uma capacidade geral de agir, na concepção de Medauar (2003, p. 117) que aponta para esse conceito da seguinte forma:

Nos vínculos entre órgãos administrativos, é o predomínio de um sobre o outro. Nos vínculos funcionais entre autoridades ou agentes públicos, expressa a ascendência de uns sobre os outros, que se traduz, por exemplo, em: expedir ordens e instruções, fiscalizar as atividades, modificar decisões, desfazer decisões. No aspecto relacional, Administração –

particulares, o poder da primeira sobre o segundo acarreta a imposição de condutas, de ônus, de encargos, de sanções e a restrição ao exercício de direitos e atividades, sempre com fundamento legal.

Percebe-se ainda que alguns autores, no âmbito do Direito Administrativo utilizam a locução poder-dever, que em determinados momentos remete à ideia de uma obrigação de agir, nesse sentido, Medauar (2003, p.118) designa seu entendimento:

Menciona-se amiúde, no direito administrativo brasileiro, a locução poder-dever, para expressar o dever conjugado ao poder ou, de modo similar, o dever que nasce do exercício de um poder. Indica-se, mesmo no rol dos princípios do direito administrativo, o princípio do poder-dever que significa a obrigação imposta à autoridade de tomar providencia quando está em jogo o interesse público.

Corroborando com a questão, esse poder da administração pública embora aparente ser uma faculdade, trata-se de um poder irrenunciável, nas palavras salientadas por Di Pietro (2011, p. 90):

Embora o vocábulo poder de a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder- deve, já que reconhecido ao poder público para que exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis.

De outro vértice, no tocante ao exercício do poder da Administração Pública e seus limites impostos pela lei Moraes (2008, p. 49) manifesta entendimento no sentido:

O exercício do poder, seja qual for a sua destinação e especificidade, deve pautar-se dentro dos limites da lei e com respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de transcender do legal para o ilegal e caracterizar o chamado abuso de poder, que ocorre quando o agente extrapola os limites de sua competência.

Com efeito, vê-se que as afirmações traduzem um juízo singular quanto à ideia da função e do exercício do poder conferido pela norma à Administração Pública.

Segundo Rivero, (2004, p.146) “o conhecimento do direito administrativo de um país pressupõem em primeiro lugar, o conhecimento de sua respectiva autoridade e hierarquização”.

Por tal razão que a atuação dos Poderes da Administração Pública e sua atuação se faz necessária para atendimento de um fim em prol da coletividade, observando então o disposto na CF.

O ordenamento jurídico também conferiu a Administração Pública poderes específicos e com finalidades distintas, que devem ser limitados pela lei para a mesma possa realizar seus atos em prol do interesse público.

O jurista Meirelles (2003, p.112) assevera sobre o tema que “Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados a realização das tarefas administrativas”.

Ainda complementa:

*Os poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem. Dentro dessa diversidade, são classificados, consoante a liberdade da Administração para a prática de seus atos em *poder vinculado* e *poder discricionário*; segundo visem ao ordenamento da Administração ou à punição dos que a ela se vinculam, em *poder hierárquico* e *poder disciplinar*; diante de sua finalidade normativa, em *poder regulamentar*; e, tendo em vista seus objetivos de contenção dos direitos individuais, em *poder de polícia*. (MEIRELLES 2003, p.112-113)*

Esses poderes são inerentes aos órgãos estatais nas três esferas, União, Estados-membros, DF e Municípios. “Na proporção e limites de suas competências institucionais, e podem ser usados isolada e cumulativamente para a consecução do mesmo ato”. (MEIRELLES, 2003, p.113)

Acrescenta Maffini (2009, p. 57) sobre o tema “Ao lado dos princípios, devem ser postados os denominados *poderes administrativos*, que consistem em linhas gerais diretivas de atuação da Administração Pública ou de quem lhe faça as vezes no exercício da função administrativa”.

E ainda o autor disserta:

*Analisando-se os poderes administrativos mais detidamente, tal como costumam ser enfrentados pela doutrina, percebe-se que alguns deles são *poderes em sentido próprio*, uma vez que consistentes em prerrogativas públicas propriamente ditas (ex. poder de polícia, poder regulamentar, poder disciplinar, poder de autotutela e poder hierárquico). Outros, contudo não são propriamente prerrogativas – daí porque se denomina de *poderes em sentido impróprio* – representando modos de concretização das regras de atribuição de competência como é o caso do poder vinculado e do poder discricionário. (MAFFINI, 2009, p. 57-58)*

Segundo Medauar (2003, p. 117) “Sem entrar no exame aprofundado na noção de *poder*, basta lembrar que seu conceito é fugidio e, ao mesmo tempo, de grande importância no âmbito do direito público. Em acepção ampla, pode significar *capacidade geral de agir*”.

De singular compreensão, Moraes (2008, p. 48-49) vislumbra o conceito de Poderes da Administração Pública, chamando a atenção para a limitação dentro dos propósitos da lei e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

A supremacia da Administração Pública, imposta pelo interesse público de seus atos que visam a satisfação da coletividade, faz surgir, em seu favor, a existência de instrumentos de atuação consubstanciados através de poderes específicos e com finalidade distintas [...] O exercício do poder, seja qual for a sua destinação e especificidade deve pautar-se dentro dos limites da lei e com respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade[...].

Di Pietro (2011, p. 90) discorre sobre o tema “tais poderes são inerentes à Administração Pública, pois, sem eles, ela não conseguiria fazer sobrepor-se a vontade da lei a vontade individual, o interesse público ao interesse privado” e ainda complementa seu entendimento “Embora o vocábulo **poder** dê a impressão de que se trata de **faculdade** da Administração, na realidade trata-se de **poder-dever**, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis. (grifo nosso)

A seu turno, Carvalho Filho (2013, p. 51) conceitua poderes administrativos “como o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”.

À vista dessas considerações, importa ainda estudar detalhadamente alguns dos poderes conferidos Administração Pública, para que a mesma possa exercer a função a que se destina.

### 2.3.1 Poder Vinculado

Na concepção de Meirelles (2003, p.113) “*Poder vinculado ou regrado* é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização”.

Nesses atos, a norma legal condiciona sua expedição aos dados constantes de seu texto. Daí se dizer que tais atos são *vinculados* ou *regrados*, significando que, na prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. Nessa categoria de atos administrativos a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo para realizá-los eficazmente (MEIRELLES, 2003, p. 113).

O poder vinculado utiliza-se da essência do princípio da legalidade, pois o agente há de observar sempre os requisitos expressos na lei para que o ato seja válido.

O exegeta supramencionado ainda concretiza sua definição, “Mas o que caracteriza o ato *vinculado* é a predominância de especificações da lei sobre os elementos deixados livres para a Administração”. E completa: “Elementos *vinculados* serão sempre a *competência*, a *finalidade* e a *forma*, além de outros que a norma legal indicar para a consecução do ato” (MEIRELLES, 2003, p. 114).

Na lição de Medauar (2003, p. 119) temos:

Há *poder vinculado*, também denominado *competência vinculada*, quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica. O ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o a uma só direção.

Di Pietro (2011, p. 214) aduz que o poder da Administração “é **vinculado**, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma”. (grifo do autor)

Respeitante ao assunto Gasparini (2000, p. 86) sedimenta que: “*Vinculados* são os atos administrativos praticados conforme o único comportamento que a lei prescreve à Administração Pública. A lei prescreve se, *como e quando* deve a Administração Pública agir ou decidir”.

Carvalho filho (2013, p. 53), não considera o poder vinculado como um “poder outorgado ao administrador”, para ele trata-se de uma imposição, pois o agente não tem prerrogativa de decisão:

Com a devida vênia, porem, pensamos não se tratar propriamente de “poder” outorgado ao administrador; a verdade, através dele não se lhe confere qualquer prerrogativa de direito público. Ao contrario, atuação vinculada reflete uma imposição ao administrador, obrigando-o a conduzir-se rigorosamente em conformidade com os parâmetros legais. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 53)

### 2.3.2 Poder Discricionário

Segundo Meirelles (2003, p. 114) “*Poder discricionário* é o que o Direito concede á Administração de modo explicito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.

Por aí se vê que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à *competência*, à *forma* e a *finalidade* do ato, a autoridade está subordinada aos que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter *competência legal* para praticá-lo; deverá obedecer à *forma legal* para a sua realização; e deverá atender a *finalidade legal* de todo ato administrativo, que é o interesse público. (MEIRELLES, 2003, p. 115)

Da lição de Medauar (2003, p. 119) extraí-se o entendimento: “Em essência, *poder discricionário* é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis”.

Para Di Pietro (2011, p. 214), “a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto,” possibilitando que a autoridade opte dentre as várias soluções possíveis, neste caso para o autor o poder é chamado “**discricionário**, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”.

Gasparini (2000, p. 87) disserta:

*Discricionários* são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim cabe a administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de *conveniência e oportunidade*, ou seja, de *mérito*. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz aos interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado á satisfação do interesse público.

Nesse diapasão, Carvalho Filho (2013, p. 51) complementa: “Poder discricionário, portanto é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”.

Discricionariedade, dentro do âmbito da Administração Pública seria a liberdade de ação conferida a mesma, porém dentro dos limites permitidos pela lei.

### 2.3.3 Poder Hierárquico

Tem por finalidade impor organização e hierarquia à Administração Pública, a doutrina de Moraes (2008, p. 50) assim descreve:

A administração Pública é exercida através de órgãos e instituições vinculadas à administração direta, além daqueles da administração indireta. Sem hierarquia, impossível estabelecer uma ordem. O poder hierárquico é aquele que exige do agente público, internamente, o cumprimento das atribuições legais do cargo com eficiência, segundo as diretrizes estabelecidas por órgão ou agente superior.

Na concepção de Meirelles (2003, p. 117) "Poder *hierárquico* é o de que dispõem o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos" [...], para o autor "*Hierarquia* é a relação de subordinação existente entre os vários órgãos e agentes do Executivo, com a distribuição de funções e a gradação da autoridade de cada um".

O jurista ainda complementa sua definição, esclarecendo o objetivo desse poder: "O poder hierárquico tem por objetivo *ordenar, coordenar, controlar, corrigir* as atividades administrativas no âmbito interno da Administração Pública". (MEIRELLES, 2003, p. 117).

Do poder hierárquico decorrem faculdades implícitas para o superior, tais como a de *dar ordens* e *fiscalizar* o seu cumprimento, a de *delegar* e *avocar* atribuições e a de rever os atos dos inferiores.

*Dar ordens* é determinar, especificamente, ao subordinado os atos a praticar ou a conduta a seguir em caso concreto. Daí decorre o *dever de obediência*.

*Fiscalizar* é vigilar permanentemente os atos praticados pelos subordinados, com o intuito de mantê-los dentro dos padrões legais regulamentares instituídos para cada atividade administrativa.

*Delegar* é conferir outrem atribuições que originariamente competiam ao delegante. As delegações dentro do mesmo Poder são, em princípio, admissíveis, desde que o delegado esteja em condições de bem exercê-las.

*Avocar* é chamar a si as funções originariamente atribuídas a um subordinado. (MEIRELLES, 2003, p. 118-119).

### 2.3.4 Poder Disciplinar

O poder disciplinar compreende uma faculdade no âmbito do exercido dos órgãos e serviços da Administração Pública para punir internamente as infrações funcionais dos servidores.

Segundo Moraes (2008, p. 50):

O controle das atividades dos servidores e agentes públicos é exercido pela própria Administração através do poder disciplinar, o qual permite que a Administração Pública aplique penalidades aos seus agentes pela prática de infrações funcionais, decorrentes inclusive da responsabilidade por atos de improbidade (Lei 8.429/92) e por danos causadas a terceiros (CF, art.37, § 6º).

A doutrina de Di Pietro (2011, p. 95) aponta para o conceito do poder disciplinar "é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas á disciplina administrativa".



Meirelles (2003, p. 120), descreve poder disciplinar como “faculdade de punir internamente as infrações dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração”. E completa seu entendimento discorrendo: “o poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço” [...].

### 2.3.5 Poder de Polícia

Esse poder não incide sobre os propriamente ditos “direitos da coletividade”, mas incidem sobre a liberdade e a propriedade dos administrados. Assim está disposto o conceito no Art. 78 do CTN, *in verbis*:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Acrescenta Moraes (2008, p. 50)

O poder de polícia, também conhecido como poder de império, é inerente as atividades administrativas do Estado, que visa disciplinar direitos e interesses dos administrados, bem como da própria Administração Pública. O exercício do poder de polícia visa imprimir a própria atividade administrativa perante os administrados, podendo tal atividade ser de caráter geral e normativo ou, ainda, ter caráter individual ou especial com destinatário específico.

Gasparini (2000, p. 114-115) circunscreve sobre o conceito do poder de polícia da seguinte forma: “pode-se conceituar essa atribuição como sendo *a que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público social*”.

Pelo que se afere, Medauar (2003, p. 360) contribui com o conceito do poder de polícia dizendo que o mesmo visa “a propiciar a convivência social mais harmoniosa possível, para evitar ou atenuar conflitos no exercício dos direitos e atividades dos indivíduos entre si e ante o interesse de toda a população”.

Justen Filho (2005, p. 836) profetiza que esse poder “compreende competências legislativas e administrativas”:

***O poder de polícia administrativa é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade.*** (grifo do autor)

Na lição de Di Pietro (2011, p. 118) “Pelo conceito moderno adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a **atividade do Estado em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público**”. (grifo do autor)

Em suma, esse poder de polícia busca proteger a sociedade impedindo, por exemplo, que comportamentos individuais possam causar prejuízos aos interesses maiores que são os da coletividade.

## 2.4 Extinção dos Atos Administrativos

Segundo Mello (2002, p.406) “Diversas são as causas que determinam a extinção dos atos administrativos ou de seus efeitos. Duas delas são mais comuns e mais importantes: a revogação e a anulação”.

Ainda o mesmo autor explica: “revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes”.

Mello (2002, p. 410) ainda complementa:

A revogação pode ser explícita ou implícita. É explícita quando a autoridade simplesmente declara revogado o ato anterior. É implícita quando, ao dispor sobre certa situação, emite um ato incompatível com o anterior. Em um e outro caso a revogação pode ser total ou parcial, conforme a amplitude com que afeta a situação precedente.

E sobre a anulação, Mello (2002, p. 434) separa os atos em nulos e anuláveis:

São nulos:

- a) Os atos que a lei assim o declare;
- b) Os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo (é dizer o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior. Sirvam de exemplo: os atos de conteúdo (objeto) ilícito; os praticados com o desvio de poder; os praticados com falta de motivo vinculado; os praticados com falta de causa.

São anuláveis:

- a) Os que a lei assim os declare;
- b) Os que podem ser re praticados sem vício. Sirvam de exemplo os atos expedidos por sujeitos incompetentes; os editados com vício de vontade; os proferidos com defeito de finalidade.

Medauar (2009, p.159), explica mais claramente sobre anulação e revogação dos atos, dizendo: “a anulação e a revogação, editadas por autoridade

pública, apresentam-se como atos administrativos que desfazem atos administrativos editados anteriormente”. E ainda complementa:

A confusão terminológica entre anulação e revogação, que trans parecia em artigos julgados dos tribunais pátrios, não pode mais ocorrer ante a Súmula 473 do STF, que distingue as duas figuras, nos seguintes termos: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. MEDAUAR, 2009, p. 159).

## 2.5 Uso e Abuso de Poder

Como sabe-se, nem sempre o poder é utilizado de forma adequada pelos detentores dele. Em especial os agentes públicos estão submetidos aos parâmetros legais, devem agir de acordo com o que a lei dispuser e por esse motivo a conduta abusiva deve ser recriminada no mundo jurídico.

Meirelles (2003, p 106) esclarece que “*O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há que ser usado normalmente, sem abuso*”. Ainda completa: “O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada”.

No mesmo sentido complementa o exegeta: “*O abuso do poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas*” (MEIRELLES, 2003, p 106).

Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público, abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. O uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. (Meirelles, 2003, p. 106).

Gasparini (2000, p. 127) acrescenta “o uso do poder, prerrogativa da Administração Pública, não é incondicionado ou ilimitado. Seu uso, para ser legal, há de ser normal”.

E discorre também o jurista com conceito sobre abuso de poder: “*abuso de poder é toda ação que torna irregular a execução do ato administrativo, legal ou ilegal, e que propicia, contra seu autor, medidas disciplinares, civis e criminais*”. (GASPARINI, 2000, p. 133)

Carvalho Filho (2013, p. 48) discorre duas causas para nominar conduta abusiva, ou formas de abuso, o primeiro ocorre pelo excesso e segundo pelo Desvio de Poder:

A conduta abusiva dos administradores pode decorrer de duas causas:

1<sup>a</sup>) o agente atua fora dos limites de sua competência; e

2<sup>a</sup>) o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público de deve nortear todo desempenho administrativo

O exegeta autor ainda corrobora concluindo:

“O poder administrativo, como visto, é conferido para ser devidamente utilizado e só dessa forma é que se pode afirmar a presença da legalidade, sem a utilização conforme a lei, o abuso de poder jamais refugirá a seu caráter de ilegalidade” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 51).

As atividades exercidas pelos agentes administrativos ficam sujeitas às normas legais, principalmente com relação à competência, finalidade e forma. Os atos devem estar de acordo com a lei, com a moral da instituição e principalmente com o interesse público, e, se o agente atuar de forma diversa da exposta, pratica então conduta ilegítima e constatado o abuso de poder, cabe repará-lo.

### **3. PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O poder regulamentar se originou na concepção soberana do monarca diante do Poder Legislativo. Saltou da concepção centrada do poder político nas mãos do Parlamento, para a opção descentralizada da ação do Executivo, propondo para as matérias de governo e administração maior independência de produção normativa. (GUERRA, 2003 apud MEDAUAR, 1992, P.143).

O Poder Legislativo, quando Edita as leis, nem sempre possibilita que elas sejam executadas. “cumpre, então, à Administração Pública criar mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade. Essa é a base do poder regulamentar”. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 57).

Afirma ainda, o autor supra-citado, que o poder regulamentar da administração pública exerce uma função normativa e não legislativa:

Registre-se por oportuno que, ao desempenhar o poder regulamentar, a Administração exerce inegavelmente *função normativa*, porquanto expede normas de caráter geral e com grau de abstração e impessoalidade, malgrado tenham elas fundamento de validade na lei. (CARVALHO FILHO, 2013, p.57)

O poder regulamentar, segundo Moraes (2008, p.48), “visa regular a atividade administrativa através da expedição de normas regulamentares”.

O mesmo autor ainda complementa:

O poder regulamentar é atribuído privativamente aos chefes do Poder Executivo de cada ente federado, que o exercem através de decretos e regulamentos visando a fiel execução de leis, nos termos da Constituição Federal, *literis*:

CF/88

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (MORAES, 2008, p.49).

O Direito administrativo, como os demais ramos do direito sofrem forte influência do Direito Constitucional, segundo o art. 84, inciso IV, da CF/88, que diz que compete ao chefe do Poder Executivo expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis.

O artigo 87 da Carta Magna também nos remete a atuação do poder regulamentar:

“Art. 87. (...)

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

(...)

II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;”

Segundo se depreende a doutrina de Moraes (2007, p. 77) o poder regulamentar do Executivo situa-se na Separação dos Poderes emanada pela CF:

O exercício do poder regulamentar do Executivo situa-se na principiologia constitucional da Separação dos Poderes (CF, arts. 2º; 60 §4º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo.

Medauar (2003, p. 127) de modo singelo, configura o poder regulamentar como sendo “um dos modos de exercício do poder normativo no âmbito do Poder Executivo”.

Então, segundo os doutrinadores e a nossa CF/88 pode-se concluir que a atuação do poder regulamentar no Brasil, é regrada pelos artigos 84 e 87 da CF/88, acima mencionados, e que sua principal função é a fiel execução das leis.

### 3.1 Decretos Autônomos

No que tange ainda sobre o poder regulamentar, importante citar os **Decretos Autônomos**, que surgem no ordenamento contemporâneo devido a grande necessidade social e econômica que vem alargando as atribuições do Poder Executivo.

Segundo discorre Mazza e Andrade (2011, p. 26) “Embora não exista unanimidade sobre a existência dos decretos autônomos (...) o autor conceitua o surgimento do decreto como: “surge no lugar de uma lei, inovando a ordem jurídica”, ainda o citado autor complementa dizendo que trata-se de uma “norma primária”.

Importante se torna tal análise, pois o STF tem reconhecido esse poder regulamentar, com o conteúdo mais abrangente do que se tem admitido pelos doutrinadores tradicionais.

Antes da Emenda Constitucional nº. 32 de 11.09.2001 a redação do artigo 84, VI da CF era a seguinte: “*dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei*”. A nova redação da EC suprimiu o termo na forma da lei, suscitando a dúvida na existência do decreto, porém dando ao Chefe do Executivo poder de regulamentar sobre determinadas matérias, desde que não acarrete aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, e podendo ser realizado por simples decreto. Em razão disso alguns doutrinadores vem fundamentando e afirmando a existência de **decreto autônomo no Brasil**.

### 3.2 Conceito de Poder Regulamentar

De acordo com a doutrina de Gasparini, (2000, p.108-109), “certos agentes públicos tem competência para editar atos normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la”. Para o autor, quando esses agentes praticam esses atos, desempenham o poder regulamentar.

Gasparini (2003, p. 123-124) também classifica o poder regulamentar:

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matérias ainda não disciplinadas por lei.

Então, nos ditames do autor ora citado, concluí-se que o poder regulamentar **é uma faculdade** de que dispõem os prefeitos, governadores e o presidente da república **para complementar ou explicar o teor de uma lei,**

referente a sua correta execução, e ainda expedir decretos sobre matérias que ainda não são disciplinadas por lei.

Segundo Carvalho Filho (2013, p.57):

Poder regulamentar, portanto é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. <sup>1</sup> A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei, não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando.

Já no entendimento do supracitado autor, o poder regulamentar deve ser dependente da lei, e pressupõem a existência dela, tal como expressado em nossa Carta Magna. Tal poder só pode dar-se *secundum legem* (em conformidade com o disposto em lei e nos limites que essa impuser).

Di Pietro (2011, p. 91) conceitua o poder regulamentar:

O **poder regulamentar** como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução (grifo do autor).

Medauar (2003, p. 127) salienta que: “No direito brasileiro, o poder regulamentar destina-se a explicar o teor das leis, preparando sua execução, completando-as, se for o caso”.

Do exercício do poder regulamentar resulta a expedição de regulamento, veiculados por meio de decretos. Trata-se dos chamados regulamentos de execução, de competência privativa do Chefe do Executivo, são atos administrativos que estabelecem normas gerais. (MEDAUAR, 2003, p. 127)

Moreira (2011, p. 1) em seu artigo publicado formaliza o poder regulamentar da seguinte maneira:

Há também os atos normativos que, editados por outras autoridades administrativas, estão inseridos no Poder Regulamentar. É o caso das instruções normativas, resoluções, portarias, etc. tais atos tem, frequentemente, um âmbito de aplicação mais restrito, porém, veiculando normas gerais e abstratas para a explicação das leis, também são meios de formalização do Poder Regulamentar.

Conclui nesse mesmo diapasão, Lazzarini (1999, p. 414) que: “o regulamento é: a) ato administrativo (e não legislativo); b) ato explicativo ou supletivo da lei; c) ato hierarquicamente inferior a lei; d) ato de eficácia externa”.

---

<sup>1</sup> - Explica AUGUSTO HENRIQUE WENECK MARTINS que a ideia de “poder regulamentar” está intrinsecamente ligada à aparição histórica do Estado Liberal, de modo que a separação dos poderes acabou por reconhecer ao Executivo a capacidade de editar normas jurídicas (reflexões acerca do poder regulamentar – propostas à constuinte, RDPGERJ, 40/45).

### 3.3 Natureza do Poder Regulamentar

Carvalho filho (2013, p. 57) aduz que “o poder regulamentar representa uma prerrogativa de direito público, pois que conferido aos órgãos que tem a incumbência de gestão dos interesses públicos”.

Afirma ainda, Carvalho Filho (2013, p.57) que “o poder regulamentar é de natureza derivada (ou secundária): somente é exercido à luz de lei preexistente, já as leis constituem atos de natureza originária (ou primária), emanando diretamente da Constituição”.

O mesmo autor ainda escreve que “há alguns casos, todavia, que a Constituição autoriza determinados órgãos a produzirem atos, que tanto como as leis, emanam diretamente da carta e tem natureza primária” [...], porém, o autor aduz que “tais atos não se enquadram no âmbito do verdadeiro poder regulamentar; como terão por escopo regulamentar a própria constituição”. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 57)

Para Gasparini (2000, p 110) “a natureza da atribuição regulamentar é *originária*”:

Com efeito, para expedir os atos que visem executar as leis, o Executivo não necessita de qualquer autorização legal específica ou constitucional genérica. O regulamento é o primeiro passo para a execução da lei, e essa execução é atribuição do Executivo. Por esse motivo, mesmo que silentes a lei e a Constituição, no que se refere ao Poder competente para regulamentar, essa atribuição é do Executivo, porque fluente de sua própria função.

O autores supra citados tratam o poder regulamentar como uma atribuição do Executivo, que assegura direitos elementares inerentes aos direitos e aos interesses públicos, tal atribuição prevista pela CF/88.

Considerando que o sistema de normas deve seguir uma hierarquia, alguns regulamentos podem ser editados por outras autoridades administrativas, com certa restrição, mas veiculando normas gerais e abstratas para efetiva explicação das leis, assim afirma Carvalho Filho (2013, p.58):

Considerando nosso sistema de hierarquia normativa, podemos dizer que existem graus diversos de regulamentação conforme o patamar em que se aloje o ato regulamentador. Os decretos e regulamentos podem ser considerados como *atos de regulamentação de primeiro grau*; outros atos que eles se subordinem e, que por sua vez, os regulamentem, evidentemente com maior detalhamento, podem ser qualificados como *atos de regulamentação de segundo grau*, e assim por diante. Como exemplo de atos de regulamentação de segundo grau, podemos citar as *instruções*



expedidas pelos Ministros de Estado, que tem por objetivo regulamentar as leis, decretos e regulamentos, possibilitando sua execução.

Di Pietro (2011, p. 91) Acrescenta:

“os **atos legislativos** não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela **originariedade** com que instauram situações jurídicas novas, **pondo o direito e, ao mesmo tempo os limites de sua vigência e eficácia**, ao passo que os demais atos normativos **explicitam** ou **complementam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade**” (grifo do autor).

Na concepção de Meirelles (2003, p. 124-125) há outra natureza do ato do regulamento.

Regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente)

Importante salientar que **os doutrinadores não são unânimes na definição quanto a Natureza do poder Regulamentar.**

Para os autores supracitados, enquanto Carvalho Filho aduz que a natureza é derivada ou secundária porque depende da lei preexistente, ou seja, que a lei primária seria a originada da CF/88, Gasparini alega que é originária, pois trata-se de atribuição da função e o regulamento seria o primeiro ato para execução da lei, mesmo que silente a Lei original ou a CF/88. E ainda, Meirelles trata do poder regulamentar como sendo autônomo e independente, por ser apenas um regulamento de execução da lei.

### **3.4 Poder, Faculdade ou Atribuição.**

Nas palavras de Gasparini (2000, p.109), “discute-se se a edição de regulamento consubstancia um *poder*, uma *faculdade* ou uma *atribuição*”.

Para o autor, não se trata de poder, pois considera como poder apenas o poder político, que emana do povo, que é uno, indivisível e indelegável. Também para o autor não se trata de faculdade, pois há obrigatoriedade no exercício da função, e sendo assim “quem é compelido a cumprir certa obrigação não exerce a título de faculdade. *É Atribuição*”. Gasparini (2000, p. 109).

Com efeito, regulamentar leis é uma atribuição do Chefe do Poder Executivo, como tantas outras que lhe cabem, nos termos do ordenamento

jurídico. Ademais, a Constituição da República, ao abrir a seção II do Capítulo II do Título IV, enuncia: “Das atribuições do presidente da República”. Não obstante ser assim, a expressão “poder regulamentar” não só é tradicional entre nós como de uso corrente pela doutrina, pela jurisprudência e pelo legislador. Por essa razão continuaremos a utilizá-la. (GASPARINI, 2000, p. 109).

A fim de esclarecer, o agente público não pode desviar de sua finalidade, tão pouco ficar inerte, omissos ou se fazer rejeitar no uso e atribuição da sua função, vejamos o que o autor Mukai (2000, p. 158) enfatiza a esse respeito.

No estado democrático de Direito, a prática normal e esperada é que todo agente público exerça o poder do qual seja titular dentro dos limites traçados no ordenamento jurídico e para a consecução das finalidades previstas na Lei Maior, a Constituição, e nas leis em geral. Em outras palavras, espera-se de todo agente público o uso normal do poder que detém, não o abuso e nem a omissão. (MUKAI 2000, p.158)

Esclarece ainda o autor supra-referido que, no caso de ocorrer tal ato, omissão ou rejeição “o interessado poderá pleitear judicialmente o posicionamento do Poder Público”. (MUKAI, 2000, p.159)

Moreira (2011, p. 03) por certo assevera sobre o poder regulamentar:

É legítima, porém a fixação de obrigações derivadas ou subsidiárias diversas das obrigações primárias ou originárias contidas na lei nas quais também encontra-se a imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária adequação às matrizes legais.

Então, pode-se concluir que o poder regulamentar se apresenta na *atribuição* do poder executivo com a finalidade de execução da norma contida explícita ou implicitamente na lei formal ou na Constituição.

Assim dispõe Eros Grau, (1996, p.182):

A importância do poder regulamentar é reconhecida diante da instabilidade de determinadas situações e estados econômicos que impõem o caráter flexível e dinâmico dos instrumentos normativos utilizados pelo Estado para corrigir os desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar.

A citada discricionariedade técnica serve para que o poder regulamentar possa criar normas técnicas não contidas em lei, propiciando uma chamada inovação no ordenamento jurídico.

### **3.5 Limites do Poder Regulamentar**

Segundo alguns doutrinadores contemporâneos<sup>2</sup> os limites do poder regulamentar dividem-se em Limites Formais e Limites Materiais, vejamos abaixo:

Os limites formais abrangem: **autoridade competente para editar os regulamentos; veículos de edição do regulamento e a publicação do decreto regulamentador.**

Segundo Gasparini (2004, p. 271), elenca a **primeira limitação formal** referindo-se à autoridade competente para editar regulamento: "Se o ato decorre de qualquer outra autoridade, já não mais corresponde à ideia constitucional de regulamento". Desse modo, o regulamento só será válido se editado pela autoridade competente.

Na lição de Mello (2001, p. 68) extraí-se que: "(...) se outras autoridades exercessem função regulamentar, estaria-se diante de uma inconstitucionalidade material, tendo a indelegabilidade desta função.

De acordo com a lição de Ataliba (2001, p. 137) o **segundo limite formal** é o veículo de edição do regulamento, no qual o poder regulamentar conferido ao Executivo manifesta-se mediante decreto, ou seja, o instrumento jurídico que irá exteriorizar as normas regulamentares é o decreto, "suprema manifestação jurídica normativa do chefe do Poder Executivo".

Gasparini (2004, p. 119) assevera que "o decreto constitui a forma através do qual o conteúdo do regulamento é exteriorizado" ainda complementa o exegeta autor, "a portaria, se utilizada como veículo de edição, seria um instrumento ilegal".

**A terceira limitação formal** refere-se à publicação do decreto regulamentador. Em relação aos regulamentos que devam produzir efeitos apenas no interior da Administração, basta o conhecimento de seus destinatários através de qualquer meio;

Nas palavras de Meirelles (2001, p.173), em se tratando de regulamento cujos efeitos atinjam terceiros, necessária se faz a publicação integral do regulamento e do decreto que o aprova. Os regulamentos "devem ser publicados

---

<sup>2</sup> - Cite-se: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Clèmerson Merlin Clève, Pontes de Miranda, Celso Antônio Bandeira de Mello, Geraldo Ataliba, Roque Antônio Carrazza, Carlos Mário da Silva Velloso e Sérgio Ferraz. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 282).

pelo mesmo modo por que o são as leis, visto que a publicação é que fixa o início da obrigatoriedade dos atos do Poder Público a serem atendidos pelos administrados".

Os limites materiais abrangem: **ausência de Matéria Tipicamente Regulamentar, Leis que podem ser regulamentadas:**

A Constituição Federal de 88 não previu matéria chamada tipicamente regulamentar, destarte, no Brasil, não existe matéria reservada para o exercício do poder regulamentar.

Conforme ensina Clève (2000, p.279), no ordenamento jurídico, em relação aos atos legislativos vigora o princípio da universalidade da lei, entretanto, "faculta-se ao Poder Legislativo, na elaboração da lei, prescrevê-la detalhadamente, com todas as suas minúcias, indicando, inclusive, a sua forma de aplicação e execução, esgotando, desta forma, toda a matéria legislada".

Desse modo, entende-se que a lei só poderá ser cumprida de acordo com o que foi previsto pelo legislador, porém, o legislador pode preferir deixar uma certa margem de liberdade para que o Poder Executivo possa regulamentar a lei, assim, os vazios deixados pela lei, chamados de "lacunas" ou a sua interpretação ao caso concreto implicaria na manifestação do Executivo através de sua competência de poder regulamentar.

Clève (2000, p.121) ainda ressalta que "nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o executivo julgar conveniente fazê-lo"

A posição da doutrina majoritária afirma que somente as leis que devam ser aplicadas e executadas pelo Poder Executivo prescindem de regulamentação. Em outras palavras, só as leis administrativas "*lato sensu*" podem ser objeto de regulamentação. Logo, as relações entre particulares encontram-se fora do alcance da competência regulamentar.

Nesse sentido, Geraldo Ataliba (2001, p. 141) assevera que:

Só cabe regulamento em matéria que vai ser objeto de ação administrativa ou deste depende. O sistema só requer ou admite regulamento, como instrumento de adaptação ou ordenação do aparelho administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a fiel execução das leis.

Portanto, segundo a lição de Clève (2000, p.284), ao ensinar que a edição de regulamentos só é possível "[...] para disciplinar a aplicação das leis que regem relações jurídicas qualificadas pela presença do Estado-poder".

Tratando-se de ato regulamentar contra “*legem*”, ou seja, que extrapole os limites da lei, há necessidade do controle de legalidade resultante do confronto do ato com a lei.

Visando coibir a indevida extensão do poder regulamentar temos consagrado respaldo jurídico na própria CF/88, art. 49, V, “*in verbis*”:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Todavia, se um ato regulamentar ofender diretamente a CF, sem que haja lei a que deve se subordinar, poderá sofrer controle de constitucionalidade através de ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), prevista no art. 102, I, “a” da CF, “*in verbis*”:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal

De acordo com Gasparini (2000, p.111), “a atribuição regulamentar sofre três ordens de limites que, se inobservados, invalidam-na. São os limites: *formais*, *legais* e *constitucionais*”.

Assim, manifesta-se o supracitado autor:

São *formais*, por exemplo, os que dizem respeito ao veículo de exteriorização (regulamento exteriorizado por portaria, quando o exigido por lei é o decreto)

São *legais* os que se relacionam com o extravasamento da atribuição (por regulamento aumentou-se certo prazo ficado em lei). Dispôs-se, por regulamento, mais do que a lei permite.

São *constitucionais* os que se relacionam com as reservas legais (criação de cargos por regulamento, quando a Constituição da República exige lei)

A inobservância desses limites vicia o regulamento, tornando-o ilegal. (Gasparini 2000, p.111),

Se por ventura a Administração alterar a lei com o pretexto de estar regulamentando, “cometerá *abuso de poder regulamentar*, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação” (Carvalho Filho, 2013, p. 57).

Nas palavras do jurista Lazzarini (1999, p.416) vê-se algumas opções de revogação dos regulamentos:

Os regulamentos existentes ficam revogados pelo aparecimento de uma lei que estatua contrariamente às suas disposições. Pode também cessar sua vigência: a) pelo prazo de validade nele mesmo estatuído (regulamento temporário); b) pela publicação de outro regulamento emanado da mesma autoridade e providenciando em sentido contrário ou que expressamente o revogue (tácita ou expressa a revogação); c) pela revogação da lei a que o regulamento sirva de complemento e se proponha executar, se essa lei não for substituída por uma lei nova, pois, sendo-o, o regulamento continuará vigorando em tudo que não contrarie a lei nova; d) por resolução dos tribunais perante os quais tenha sido impugnada a ilegalidade ou inconstitucionalidade do regulamento (art. 116 da CF)

Assim também preceitua a Jurisprudência do STJ, que a administração pública deve estar sempre de acordo com o que preceitua a lei, sob pena de ser considerada ilegal:

“Com advento da Constituição da República de 1988 foi ampliado o conceito de legalidade, sob o prisma axiológico. Dentro desse conceito amplo de legalidade, **a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais, sob pena de ser considerada ilegal**, por não atender os fins públicos colimados pelo Estado Democrático de Direito” (RMS nº 16.536/PE, Sexta Turma. Rel. Min. Celso Limongi – Des. Convocado do TJ/SP. Jul. 2.2.2010. DJ, 22 fev. 2010) (grifo nosso) - (STJ, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 24/06/2009, S3 - TERCEIRA SEÇÃO)

Carvalho Filho (2013, p. 60) ensina que “não podemos considerar legítimos os atos de mera regulamentação, seja qual for o nível de autoridade de onde se tenha originado, que a pretexto de estabelecerem normas de complementação da lei, criam direitos e impõem obrigações ao indivíduo”:

**Haverá nessa hipótese, indevida interferência de agentes administrativos no âmbito da função legislativa, com flagrante ofensa ao princípio da separação dos Poderes insculpido no art. 2º da CF. por isso, de inegável acerto a afirmação de que só por lei se regula a liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos, de modo que são inconstitucionais regulamentos produzidos em forma de delegações disfarçadas oriundas de leis que meramente transferem ao Executivo a função de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade das pessoas.** (grifo nosso)

José dos Santos Carvalho Filho escreve sobre a natureza jurídica das resoluções:

“Resoluções são atos, normativos ou individuais, emanados de autoridades de elevado escalão administrativo, como, por exemplo, Ministros e

Secretários de Estado ou Município, ou de algumas pessoas administrativas ligadas ao Governo. Constituem matéria de resoluções todas as que se inserem na competência específica dos agentes ou pessoas jurídicas responsáveis por sua expedição. Tais resoluções são típicos atos administrativos, tendo, portanto, natureza derivada; pressupõem sempre a existência de lei ou outro ato legislativo a que estejam subordinadas.(...)” (CARVALHO FILHO, 2012. p. 134).

No presente estudo, nas decisões pesquisadas para fundamentação desse trabalho verificou-se que o Superior Tribunal Federal, mesmo com alegação da parte de ofensa constitucional de forma direta, o r. tribunal não analisa o mérito da legislação infraconstitucional, por se tratar de poder regulamentar da Administração Pública, e fundamenta nas Súmulas 280 e 636 do STF:

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário com base nos seguintes fundamentos: (a) é inviável a apreciação, em recurso extraordinário, de alegada violação ao princípio da legalidade, por não prescindir do exame de normas infraconstitucionais; (b) a suposta ofensa a esse princípio demanda a revisão da interpretação dada a normas infraconstitucionais, o que encontra óbice na Súmula 636/STF (fl. 107-108); (c) incide, ademais, a súmula 280/STF (Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário), pois o acolhimento do recurso exige a incursão em normas locais. Sustenta o agravante, em suma, que: **(a) houve violação do princípio da igualdade (arts. 5º, II e 37, I da Constituição), visto que (I) a ofensa constitucional ocorreu de forma direta, e, assim, prescinde da análise da legislação infraconstitucional; e (II) a matéria de fundo é o poder regulamentar da Administração Pública** (fl. 112); (b) não há como subsistir o óbice da súmula 280 do STF, porquanto não há qualquer necessidade de exame prévio das cláusulas do edital do concurso (fl. 112). (RE. 575492 AgR/GO – GOIÁS - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI - Julgamento: 20/08/2013 - Órgão Julgador: Segunda Turma) (grifo nosso)

Súmula nº 280 STF - Ofensa a Direito Local, “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

Assim também preceitua a Súmula nº 636 STF que “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Também tem decidido nesse mesmo entendimento o STJ, no sentido de que a discussão acerca da extrapolação do poder regulamentar (questão de legalidade) não se refere, em princípio, a um juízo de constitucionalidade, o que não autoriza o recurso extraordinário, e por unanimidade nega provimento ao agravo abaixo:

RE 574251 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO -  
 AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO -  
 Relator(a): Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 14/12/2010 - Órgão  
 Julgador: Segunda Turma – Publicação - DJe-025 DIVULG 07-02-2011  
 PUBLIC 08-02-2011 - EMENT VOL-02459-02 PP-00383  
 Parte(s) - AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO - PROC.(A/S)(ES):  
 PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO -  
 AGDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES DE FAZENDA DO  
 MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO - ADV.(A/S) : SERGIO NELSON  
 MANNHEIMER - Ementa - Agravo regimental em recurso extraordinário. 2.  
 Decreto e poder regulamentar. Conflito de legalidade. Súmula 636.  
 Precedentes. 3. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão  
 recorrida. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Por outro norte, em pesquisa ao STJ, no processo abaixo descrito, verificamos uma **decisão de anulação do ato Administrativo, no exercício do poder regulamentar**, onde o Sr. Ministro Benedito Gonçalves, relator, decide:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. MULTA APLICADA PELO PROCON DECORRENTE DE REVISÃO DE CONTRATO E RESTITUIÇÃO DE IMPORTÂNCIAS PAGAS A CONSÓRCIO. 1 - Embora o Procon tenha competência para aplicar as penalidades administradas inseridas no artigo 18 do Decreto 2.181-97 c/c artigos 105 e 106, incisos VIII e IX do Código de Defesa do Consumidor quando verificada a situação de respeito as normas do CDC, não tem ele poder de interpretar ou revisar as cláusulas do contrato que se insurge, função esta, exclusiva do Poder Judiciário. APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.256.998 - GO (2011/0035721-5) - RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES - RECORRENTE: MUNICÍPIO DE ANÁPOLIS - ADVOGADO : VALESKA ROSA DE PAIVA E OUTRO(S) - RECORRIDO : CONSÓRCIO NACIONAL HONDA LTDA - ADVOGADO : FERNANDA CRISTINA ENDRES SACCOL E OUTRO(S)).

No relatório, o ministro reconhece o poder regulamentar do órgão da administração pública aduzindo que:

Os órgãos de defesa do consumidor possuem a atribuição legal de aplicar multas aos fornecedores de produtos ou serviços sempre que houver infração às normas consumeristas, observada a proporcionalidade, mediante ponderação sobre a gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor.

Por outro lado, no caso em questão, reconhece a ilegalidade do ato praticado pelo órgão PROCON, sobre o fundamento de ter extrapolado o poder regulamentar e sancionador, que determinou ao fornecedor restituição de valores ao consumidor, vejamos:

É ilegal, por extrapolar do seu poder regulamentar e sancionador, todo provimento de órgãos de defesa do consumidor que, pretendendo dirimir conflitos nas relações de consumo, determina ao fornecedor de produtos ou serviços a restituição de valores ao consumidor.



Na decisão em questão o STJ interpretando as normas administrativas reconhece que o PROCON pode proceder análise de cláusulas de contratos para aferir situações de abusividade, ressalvando-se que há ilegalidade por extrapolar do seu poder regulamentar e sancionador, todo provimento de órgãos de defesa do consumidor que, pretendendo dirimir conflitos nas relações de consumo, determina ao fornecedor de produtos ou serviços a restituição de valores ao consumidor, sendo nulo tal comando.

Portanto, além de possível a aplicação de multa, incumbe aos órgãos administrativos de proteção do consumidor proceder à análise de cláusulas dos contratos mantidos entre fornecedores e consumidores para aferir situações de abusividade, razão pela qual, no ponto, equivocada a fundamentação do acórdão recorrido.

No caso, interpretando as regras que tratam da aplicação de sanções administrativas por infração às normas de defesa do consumidor, entendeu a Corte estadual que não cabe ao Procon interpretar cláusulas contratuais, confrontando-as com a legislação e com a orientação jurisprudencial sobre o tema, além de afirmar que o órgão estatal extrapolou os limites de sua competência ao determinar que o consórcio restituísse as importâncias pagas pelo consumidor.

Decidiram então os ministros do STJ, em face dessas considerações, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial.

Essas análises jurisprudenciais, dos julgados tanto do STF quanto do STJ demonstram que o poder regulamentar deve estar em consonância com a Lei, sob pena de ser considerado ilegal, e ainda ter seus atos declarados nulos.

Importante salientar que da pesquisa ainda extraímos que tanto o STF quanto o STJ tratam na questão do poder regulamentar somente questões de constitucionalidade, não se analisa o mérito da legalidade da lei infraconstitucional.

#### **4 ANÁLISE DA RESOLUÇÃO N.º 24 DO COAF (CONSELHO DE ATIVIDADES FINANCEIRAS). Transcrição da Resolução, anexo n.º 01.**

Em se verificando nas decisões do STF e STJ sobre a possível anulação do ato administrativo no exercício do poder regulamentar, apresentamos o estudo da Lei e Resoluções, objetos de ADI, do órgão COAF, pelos motivos abaixo elencados, onde questiona-se quais os limites constitucionais, no aspecto material, para o exercício do poder regulamentar desse órgão para emitir tais resoluções?

Primeiramente, faz-se necessário uma prévia apresentação do citado órgão, sua origem e função.

Em 1989, no Brasil, foram instituídos grupos de autoridades públicas com finalidade de monitorar atividades financeiras de um modo geral. Dentre esse grupos destaca-se o GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional), criado pelo chamado G7. (SOUZA, 2012, p. 09)

O conselho Europeu, assim como o GAFI recomendaram a criação das Unidades de Inteligência Financeira (UIF), que no Brasil recebeu o nome de COAF (Conselho de Atividades Financeiras), criado pela Lei nº 9.613/98, que após a ratificação da Convenção de Viena, em 1991, alterou a referida lei para nº 12.683/12, com intuito de combater a lavagem de dinheiro no país. Importante ressaltar que a lei nova, não revogou a lei anterior, apenas alterou a redação original, ou seja a Lei 9.613/98 ainda está vigente. (SOUZA, 2012, p. 10)

Conclui-se então que o COAF é uma UIF – Unidade de Inteligência Financeira de natureza administrativa, pertencente ao poder executivo, ligado ao órgão vinculado Ministério da Fazenda.

O COAF tem como finalidade principal “disciplinar”, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas prevista na Lei 9.613/98, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades” (Art. 14 da Lei 9.613/98 COAF).

No Estatuto do COAF, disponível no site desse órgão, no capítulo I, pode-se verificar a sua Natureza e Finalidade:

Art. 1º O Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, órgão de deliberação coletiva com jurisdição em todo território nacional, criado pela Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com sede no Distrito Federal tem por finalidade disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas em sua Lei de criação, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.  
Parágrafo único. O COAF poderá manter núcleos descentralizados, utilizando-se da infra-estrutura das unidades regionais dos órgãos a que pertencem os Conselheiros, objetivando a cobertura adequada de todo o território nacional. (Brasil, 2013)

As competências e atribuições do COAF estão presentes no seu regimento interno, em seu capítulo II art. 5ª, vejamos:

Art. 5º Ao Plenário, sem prejuízo de outras atribuições, compete:  
I - zelar pela observância e aplicação da legislação pertinente, do seu Estatuto e do Regimento Interno do Conselho;  
II - disciplinar a matéria de sua competência, nos termos da Lei nº 9.613, de 1998;  
III - receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998;

IV - decidir sobre infrações e aplicar as penalidades administrativas previstas no art. 12 da Lei nº 9.613, de 1998, às pessoas mencionadas no art. 9º da referida Lei, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador;

V - expedir as instruções destinadas às pessoas a que se refere o inciso anterior;

VI - elaborar a relação de transações e operações suspeitas, nos termos do § 1º do art. 11 da Lei nº 9.613, de 1998;

VII - coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações, no país e no exterior, que viabilizem ações rápidas e eficientes na prevenção e na repressão à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores;

VIII - solicitar informações ou requisitar documentos às pessoas jurídicas, para as quais não exista órgão fiscalizador ou regulador, ou por intermédio do órgão competente, quando for o caso;

IX - determinar a comunicação às autoridades competentes, quando concluir pela existência de crimes, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito;

X - manifestar-se sobre propostas de acordos internacionais, em matéria de sua competência, ouvindo, quando for o caso, os demais órgãos ou entidades públicas envolvidas com a matéria. (BRASIL, 2013).

O §3º do art. 11 da Lei nº 9.613, de 1998, também atribuiu ao COAF a competência residual de regular setores econômicos previstos na mesma lei, para os quais não haja órgão regulador ou fiscalizador próprio, tais como fomento mercantil (factoring), loterias, prestação de serviços de assessoria, comércio de obras de arte, de antiguidades, de jóias e de bens de alto valor, cartões de crédito, dentre outros.

Nesses casos, cabe ao COAF definir as pessoas abrangidas e os meios e critérios para envio de comunicações, bem como a expedição das instruções para a identificação de clientes e manutenção de registros de transações, além da aplicação de sanções previstas no art. 12 da Lei.

Diante da incapacidade estrutural que vem se apresentando pelo Poder Público para fiscalizar todas as transações financeiras que possam abrigar reciclagem de capital ilícito, a máquina administrativa utiliza-se desse órgão e determina que algumas entidades privadas o auxiliem na tarefa, como bancos, corretores, comerciantes de joias, de bens de alto luxo, dentre outros indicados no artigo 9 da Lei nº 9.613, de 1998, impondo a elas **algumas obrigações**. Apresenta-se as entidades elencadas pela lei, no referido artigo, citado abaixo:

Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

I - as bolsas de valores e bolsas de mercadorias ou futuros;

I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;

III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;

IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;

V - as empresas de arrendamento mercantil (leasing) e as de fomento comercial (factoring);

VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;

VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;

VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;

IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;

X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades.

XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

XIII - as juntas comerciais e os registros públicos; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

**XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)**

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

XVI - as empresas de transporte e guarda de valores; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

Assim, face os **limites regulamentares** de que trata-se no presente estudo, a autonomia desse órgão em editar suas resoluções e a abrangência de sujeitos obrigados a essa resolução nos remete a ideia de uma afronta a alguns princípios dentre os quais pode-se citar, o princípio da liberdade individual diretamente ligada aos direitos fundamentais.

#### Segundo assevera Marçal Justem Filho

Alguns direitos fundamentais tem por conteúdo a defesa do sujeito contra intervenção externa na sua órbita pessoal. Assim se passa, basicamente, com os direitos individualistas, relacionados à idéia de liberdade. Tais direitos se traduzem, em termos mais imediatos, numa conduta de omissão por parte do estado. A noção mais imediata de liberdade consiste na ausência de intervenção sobre a conduta individual. (FILHO, 2011, p.153)

Verifica-se no entendimento desse mesmo autor o seguinte: “Outros direitos fundamentais tem por objetivo uma prestação consistente em um fazer por parte do estado, envolvendo uma prestação material ou imaterial a ser executada perante um ou mais sujeitos privados”. (FILHO, 2011, p.153)

Ainda, “Outros direitos fundamentais tem por objeto a realização pelo Estado de uma prestação em face a terceiros para assegurar a defesa do particular. Trata-se de uma manifestação direta da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.” (FILHO, 2011, p.153)

Vale citar o posicionamento mais detalhado de Marçal Justem Filho:

Os direitos fundamentais conduzem a consagração de normas de organização, delimitadoras de poderes e competências. A organização do Estado, a separação dos poderes, a criação de órgãos de controle a orientam para assegurar que o desenvolvimento das atividades estatais será feito de modo compatível com a preservação dos direitos

fundamentais. Trata-se de evitar que a hipertrofia das instituições estatais produza o risco de redução ou eliminação dos direitos fundamentais. Para sintetizar, a organização democrática do Estado é uma decorrência da consagração dos direitos fundamentais. (FILHO, 2011, P.153-154)

Com base nesses entendimentos, conclui-se que quando percebe-se uma atividade estatal que deva permanecer rigorosamente confinada ao campo da legalidade, quando esta ultrapassar as lindes determinantes da lei, estamos diante de possível abuso de autoridade e conseqüentemente **extrapolação do poder regulamentar**.

Verifica-se portanto que os atos da administração pública que venham a subestimar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, “extrapolação do poder regulamentar”, quando apresentados no texto legal, que venha a ferir os dispostos em nossa Constituição, sob o ângulo dos princípios que norteiam o direito brasileiro, faz com que a referida controvérsia apresentada na lei seja **submetida a ação direta e abstrata de inconstitucionalidade ADI**.

Diante de todo aqui exposto e verificando a abrangência de uma resolução e o limite a ela imposto, após a edição da Resolução n.º 24 do COAF, na data de 23/08/2012 a CNPL, (Confederação Nacional das Profissões Liberais) ajuizou no STF uma **ADI n.º 4841**<sup>3</sup> (Anexo 2), questionando a constitucionalidade das novas regras impostas pela lei de lavagem de dinheiro, (lei n.º 9.613/98), impostas aos profissionais liberais, especialmente no que tange ao assunto: “como prestar informações sobre as transações financeiras ao COAF, entre outras”.

A principal argumentação da mencionada entidade com relação aos questionamento da alteração na lei são que essas novas regras violam o princípio constitucional da proporcionalidade (ou da proibição do excesso) porque ignoram que todos que exercem profissões liberais estão *“investidos no direito-dever de manter sigilo em relação aos negócios jurídicos”* prestados a terceiros. A Confederação também classifica de “esdrúxula” a obrigação de os profissionais prestarem informações sobre seus atos rotineiros ao COAF.

A Confederação contesta na referida ADI, a nova redação dada ao artigo 2º e aos artigos 10 e 11 da lei 12.683/12 de lavagem de dinheiro, pois os dispositivos da lei são endereçados a pessoas físicas e jurídicas, dentre elas, **as prestam serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria,**

---

<sup>3</sup> A ADI 4841 foi ajuizada, em 23/08/2012, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL no Supremo Tribunal Federal. A referida ação tem como relator o Ministro Celso de Mello.

**aconselhamento ou assistência em diversas operações e atividades detalhadas na lei.**

Art. 2º

As pessoas físicas e jurídicas de que trata o art.1º devem estabelecer e implementar política de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo compatível com seu volume de operações e, no caso das pessoas jurídicas, com seu porte, a qual deve abranger, no mínimo, procedimentos e controles destinados:

I – à identificação e realização de devida diligência para a qualificação dos clientes e demais envolvidos nas operações que realizarem;

II – à obtenção de informações sobre o propósito e a natureza da relação de negócios;

III – à identificação do beneficiário final das operações que realizarem;

IV – à identificação de operações ou propostas de operações suspeitas ou de comunicação obrigatória;

V – à mitigação dos riscos de que novos produtos, serviços e tecnologias possam ser utilizados para a lavagem de dinheiro e para o financiamento do terrorismo; e

VI – à verificação periódica da eficácia da política adotada.

§ 1º A política mencionada no caput deve ser formalizada expressamente, com aprovação pelo detentor de autoridade máxima de gestão, abrangendo, também, procedimentos para:

I - a seleção e o treinamento de empregados;

II - a disseminação do seu conteúdo ao quadro de pessoal por processos institucionalizados de caráter contínuo;

III - o monitoramento das atividades desenvolvidas pelos empregados; e

IV - a prevenção de conflitos entre os interesses comerciais e empresariais e os mecanismos de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

§ 2º As disposições do § 1º deste artigo não se aplicam às pessoas físicas e às jurídicas enquadradas no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte –SIMPLES NACIONAL.

O artigo 10º (décimo) da norma trata da identificação dos clientes e manutenção de registros:

Art. 10. (...)

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), na forma e condições por eles estabelecidas;

V - deverão atender às requisições formuladas pelo COAF na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

O artigo 11º (décimo primeiro) fixa regras para a comunicação das operações financeiras.

“Art. 11. (...)

II - deverão comunicar ao COAF, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:

- a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e
- b) das operações referidas no inciso I;

III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao COAF, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.

§ 3º O COAF disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do caput aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º

E, não bastasse o rol de exigências, ainda sanções são previstas na lei em caso de descumprimento dos dispositivos contestados, estão elencados no art. 12 da referida lei:

Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

II - multa pecuniária variável não superior: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

a) ao dobro do valor da operação; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º;

IV - cassação da autorização para operação ou funcionamento.

IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10.

§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por negligência ou dolo:

§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente;

II – não realizarem a identificação ou o registro previstos nos incisos I e II do art. 10;

III - deixarem de atender, no prazo, a requisição formulada nos termos do inciso III do art. 10;

II - não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

III - deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)



IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11.

§ 3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

§ 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do caput deste artigo.

Segundo notícias do Jornal "A Crítica Catarinense, postado em 31/10/2012, relata sobre a referida ADI que:

"Para a CNPL, as novas regras editadas pelo COAF têm contorno totalitário e até mesmo fascista. Argumenta a entidade na referida ADI com a frase: "No entanto, foram longe demais a prever a ruptura do sigilo profissional de que se revestem as profissões liberais, em favor de seus direitos fundamentais, dos direitos fundamentais de seus clientes e do Estado de direito democrático".

Afirma ainda, referida entidade que todo o Brasil adota um "microssistema normativo de proteção do profissional liberal e de seu cliente" com objetivo de impedir esse profissional de "revelar, a quem quer que seja, inclusive ao Estado, os negócios por ele assistidos". Para a confederação, esse microssistema talvez seja "um dos mais importantes, em nosso ordenamento jurídico, para que flua a democracia, as liberdades públicas e pessoais e (para que) se mantenha devidamente estruturado no Estado de Direito".

Com relação aos **pedidos da ADI**, o referido noticiário elenca:

"A CNPL solicita ainda a concessão de liminar para suspender os dispositivos questionados, pois afirma que as regras já estão em vigor e "afetam de forma irreparável" os profissionais que representa. A confederação ressalta que "uma vez quebrado o sigilo dos clientes, este não poderá ser recomposto", acrescentando que "aqueles que se pautarem pela ética e pelo dever profissional estarão sujeitos às penalidades previstas na lei, no art. 12 acima exposto, inclusive criminais". No mérito da referida ADI, pede-se que os dispositivos questionados sejam declarados inconstitucionais."

Importante se faz argumentar que segundo o dispositivo da Lei 12.683/12, anteriormente a alteração, a lista de pessoas obrigadas aos deveres de cadastro de clientes, manutenção de registro de operações e a comunicação de operações suspeitas elencava bancos, corretoras de valores mobiliários e de imóveis, entre outros, **mas não incluía profissionais como contadores, auditores, tabeliães e**

## advogados.

Não bastasse essa manifestação da CNPL, o tema em discussão também movimentou a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), que em 20/08/2012 aprovou em sessão um parecer da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem (Anexo 3), acerca dessa nova lei de lavagem de dinheiro (12.683/12), especialmente para discutir sobre o que se refere à obrigação dos prestadores de serviços, inclusive advogados, de comunicarem ao COAF operações na relação com seus clientes.

Segundo entendimento da Ordem, o legislador, ao não mencionar os serviços jurídicos, tendo citado um exaustivo rol de atividades liberais, **intencionalmente silenciou sobre a submissão desta categoria profissional à lei**, sendo assim, e de acordo com princípios de hermenêutica, segundo os quais a lei genérica só revoga princípios de lei específica se o fizer de forma explícita, os causídicos não devem, e nem podem, ser obrigados a vilipendiar o sagrado sigilo constitucionalmente garantido entre advogado e parte.

O rol a que se refere a OAB, encontra-se no Art. 9º da Lei, *in verbis*:

*“CAPÍTULO V - DAS PESSOAS SUJEITAS AO MECANISMO DE CONTROLE”*

*“Art. 9º - Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:*

*(...)*

*Parágrafo único (...)*

*I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;*

*(...)*

*X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;*

*(...)*

*XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermediem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;*

*XIII - as juntas comerciais e os registros públicos;*

**XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:**

**a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;**

**b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;**

**c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;**

**d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;**

**e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e**

**f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;**

*XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;*  
*XVI - as empresas de transporte e guarda de valores;*  
*XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e*  
*XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.” (grifo nosso)*

A comissão da OAB no seu parecer também cita o “silêncio eloquente do legislador na lei que pode ser definido como aquele relevante para o Direito, aquele silêncio proposital”, não considerado como uma lacuna normativa a ser preenchida pelo intérprete, mas como uma manifestação de vontade do legislador apta a produzir efeitos jurídicos bem definidos fazendo parte do contexto da norma, influenciando na sua compreensão.

A comissão da OAB reconhece que é absolutamente louvável a nova lei que visa combater a lavagem de dinheiro, ou outras práticas delitivas de grande potencial lesivo ao país, ao sistema financeiro e a nossos cidadãos como o narcotráfico, a sonegação fiscal.

Entretanto, o **poder regulamentar** de combate ao crime de lavagem de dinheiro, segundo entendimento da OAB, não pode ser realizado ao arrepio das normas e princípios constitucionais, ou à revelia da Constituição, porque caso contrário estaríamos abrindo mão do Estado Democrático de Direito e abrindo brechas para novos tempos de arbítrio, portanto entende que não se engloba os profissionais da área do Direito na referida Lei.

Ainda sobre o órgão COAF e suas resoluções, analisa-se que ao tratar da política de compliance, (conjunto de disciplinas para fazer cumprir as normas legais e regulamentares) dispõe, que as pessoas obrigadas devem "avaliar a existência de suspeição nas propostas e/ou operações de seus clientes, dispensando especial atenção àquelas incomuns", porém não esclarece o que entende por operações "incomuns", nem mesmo no que consiste a "especial atenção".

No que concerne ao dever de comunicação, é frequente a disposição de que deverão ser comunicadas operações que, consideradas as partes e o modo de realização, possam configurar "sérios indícios da ocorrência dos crimes de lavagem de dinheiro", sem que tais indícios ou suspeitas sejam definidos de forma mais objetiva.

Também merecem atenção regras genéricas como a seguinte: "*Os procedimentos para apuração de suspeição devem ser recorrentes, inclusive, quando necessário, com a realização de outras diligências além das expressamente previstas nesta resolução*", sem indicação de quais seriam tais medidas.

O advogado e professor Pierpaolo Cruz Bottini, publicou no jornal Valor Econômico, um texto sobre "Lavagem de dinheiro e resolução do COAF", onde esclarecem sobre o assunto da seguinte forma:

Pode-se dizer que a dinâmica do crime organizado e sua criatividade para forjar subterfúgios diante das regras de controle exigem uma abertura normativa, apontando-se a inutilidade de conceitos rígidos nas resoluções. Valeria aqui, mais que um texto engessado, o recurso ao bom senso do profissional do setor sensível para identificar atos suspeitos de lavagem de dinheiro. (BOTTINI, Pierpaolo, 2013)

Pierpaolo, em outro artigo publicado nos apresenta que: "As determinações do COAF seriam exemplificativas e caberia ao gestor sua complementação diante da realidade concreta, da análise das operações que, em seu setor, implicam em maior risco de lavagem". (BOTTINI, Pierpaolo, 2013)

Referido autor ainda complementa:

Ocorre que, as normas em discussão da referida LEI não são meras recomendações, mas determinações cogentes, cujo desprezo resulta na imposição de pesadas sanções administrativas (no valor de até R\$ 20 milhões) e, a depender da orientação judicial, poderão até mesmo implicar em condenação criminal pela participação na lavagem de dinheiro.

Por isso, com base no entendimento do referido advogado e professor podemos concluir que as indeterminações da lei são preocupantes e a taxatividade hoje não apresentada, seria **recomendada**, para que o responsável pelo setor de disciplinas para fazer cumprir as normas legais e regulamentares possa, com segurança, desenhar as políticas de seu setor e calcular seu custo de implementação.

E complementa: "Isso não significa desprezar a necessidade de adaptação constante das regras de prevenção à lavagem de dinheiro. Mas essa é a função do gestor público e não do profissional privado" e finaliza dizendo que "Este último (profissional privado) é chamado a colaborar com a execução de sistemas de prevenção, e tal estratégia é correta", porem "exigir dele a formulação de regras de controle no lugar do Poder Público parece ônus demasiado".

Pierpaolo, (2013, p.1), ainda acrescenta que “**A fonte regulamentar é a autoridade pública**, não pode o Estado delegar essa função ao profissional do setor sensível. Existem mecanismos para que ela possa criar novas normas diante de situações urgentes, dispensando procedimentos burocráticos”. Para tanto “basta apontar que algumas resoluções do COAF autorizam o presidente do órgão, em ato isolado e independente de aprovação do colegiado, a listar operações cuja comunicação passa a ser obrigatória”.(grifo nosso)

Referido autor em seu artigo, adiciona e critica as alterações da lei em questão:

Embora bem desenhadas, as resoluções administrativas merecem alguns reparos do ponto de vista da taxatividade. Não é preocupante o excesso de atribuições, mas sim a falta de clareza sobre algumas determinações. As críticas expostas tem o objetivo de colaborar para o aprimoramento das regras, possibilitando que os profissionais e empresas dos setores sensíveis exerçam suas atividades com segurança e a previsibilidade em relação a seus deveres e obrigações. (PIERPAOLO, 2013)

E finaliza ainda apresentando uma possível solução para o caso em questão, qual seja: “(...) por se tratar de matéria nova, um mecanismo útil seria a criação, pelo COAF, de procedimento de "consulta", tal qual previsto para o caso da administração tributária, como canal para um diálogo preventivo com os sujeitos obrigados acerca do conteúdo e dos limites das obrigações que lhes são impostas”.

Em pesquisa, e na mesma linha de pensamento, SOUZA<sup>4</sup>, publicou artigo em revista jurídica aduzindo sobre o tema que “destacam-se entre as novidades trazidas pela nova lei as referentes à ampliação do rol de pessoas e atividades sujeitas ao dever de colaboração privada e das obrigações administrativas impostas a estes sujeitos”.

E ainda, o referido autor complementa que “sem sombra de dúvida, a alteração de maior polêmica, no concernente às medidas administrativas de combate à lavagem de capitais, é o dever de comunicação dirigida aos profissionais liberais, mormente aos advogados”.

Souza aduz que: “A discussão ora em comento inclusive é objeto de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL no Supremo Tribunal Federal (ADI n.º 4841)<sup>23</sup>” e que, “a controvérsia reside na incompatibilidade existente entre o dever de sigilo profissional

---

<sup>4</sup> Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2005) e Procurador do Conselho Regional de Farmácia de Santa Catarina (2008).

exigido dos profissionais liberais e o dever de colaboração privada imposta pela nova Lei de Lavagem de Dinheiro”.

Em seu artigo, Souza, apud (PINHEIRO, Aline 2012), acrescenta:

A doutrina, quanto ao dever de comunicação imposto aos advogados, classificou a prestação de serviços advocatícios em duas categorias: a) advogados de representação contenciosa; e b) advogados de operações. O primeiro seria aquele que atuaria na defesa de seu cliente em processo contencioso judicial e extrajudicial ou que emitiria parecer jurídico para litígios judiciais ou extrajudiciais, enquanto o segundo seria aquele que orientaria o seu cliente em operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem qualquer relação direta com litígio ou processo judicial. Assim, apenas os primeiros estariam exonerados do dever de comunicação às autoridades administrativas, o que, aliás, tem sido essa a tendência mundial no tratamento da questão.<sup>5</sup>

E o referido autor, conclui: “como visto, essa interpretação se afigura mais razoável e em conformidade com os ditames da Constituição Federal, uma vez que a advocacia, como função essencial à justiça, não deve servir para o encobrimento da prática de delitos”.

#### **4.1 ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade é um instrumento utilizado no chamado controle direto da constitucionalidade das leis e atos normativos, exercido perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro. A ação direta de inconstitucionalidade é regulamentada pela Lei 9.868/99

O poder de ajuizar essa ação, chamado de legitimação, é dado pelos incisos I a IX do artigo 103 da Constituição Federal, constituindo-se em uma legitimação restrita àqueles enumerados nos dispositivos retromencionados:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal (nunca a mesa do Congresso);
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados (nunca a mesa do Congresso);
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

---

5 Esse entendimento é também adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que, em julgamento realizado em 06 de dezembro de 2012, validaram uma regulamentação da Ordem dos Advogados da França que obrigava os advogados a delatarem seus clientes caso suspeitassem que estes estivessem envolvidos em esquemas de lavagem de dinheiro, desde que o auxílio se limitasse a operações financeiras praticadas fora dos tribunais. Os juízes da Corte Europeia afirmaram que, embora a relação entre cliente e advogado seja protegida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, a norma não é absoluta, podendo ser afastada por lei em casos devidamente justificados. A Corte Europeia assinalou ainda que a confiança do cliente no seu advogado não estaria abalada com a edição da referida norma, porque o causídico estaria isento da obrigação de comunicar às autoridades em caso de defesa de seu constituído em processo judicial.

- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal (contra lei federal ou estadual e de outro estado desde que prove o interesse do seu estado);
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional (pelo menos um deputado ou senador, mas com a perda de representação no Congresso, a ADI continua a ser julgada);
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (entidade de classe que tiver associados em pelo menos nove estados e confederação sindical: união de três federações em pelo menos três estados). (VETADO, Lei 9.868/99)

Diferentemente das decisões proferidas em outros processos judiciais, nos quais a o efeito da decisão proferida dirige-se, em regra, apenas às partes que dele participaram, a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade alcança quem não participou do processo onde ela foi proferida. A isso a doutrina denomina de efeito erga omnes.

Outros efeitos decorrentes de decisões proferidas em ADI são os chamados efeitos retroativo, ou ex tunc; e irretroativo, prospectivo, ou ex nunc.

Ocorre, ainda, o chamado efeito vinculante, através do qual ficam submetidas à decisão proferida em ADI, os demais órgãos do Poder Judiciário e as Administrações Públicas Federal, Estadual, Distrital e Municipal (§ único, art. 28, Lei 9.868/99).

## 5 CONCLUSÃO

Conforme verificou-se no desenvolvimento deste trabalho, a Administração Pública não está ligada apenas ao Poder Público, mas ao Público em Geral cuja função regulamentar se faz necessária para a realização de serviços pelo Estado visando o interesse, necessidade e satisfação coletivos.

Os atos da Administração Pública prosperam em uma manifestação de vontade funcional do Estado utilizada com base no ordenamento jurídico para o exercício da função de administrar outrora desempenhada pelo poder Executivo do Estado nas três esferas.

As atividades exercidas pelos Entes Administrativos ficam sujeitas as normas legais, pois seus atos devem estar de acordo com lei, com a moral e principalmente com o interesse público.

Assim, diante da maior independência de produção normativa do poder Executivo, originou-se o poder regulamentar, que auxilia o poder legislativo, quando este edita leis, mas não possibilita que elas seja executadas. No ordenamento jurídico atual já se apresenta inclusive a figura dos decretos autônomos, que surgem no lugar de uma lei, inovando a ordem jurídica, devidamente reconhecido pelo STF e com conteúdo mais abrangente do que se tem admitido pelos doutrinadores tradicionais.

Averiguou-se que dentre os autores apresentados, o poder regulamentar é uma atribuição do Executivo, que assegura direitos elementares inerentes aos direitos a aos interesses públicos em geral, previstos pela CF/88, porém tais doutrinadores não são unânimes na definição quanto a natureza do poder regulamentar subsistindo três entendimentos, que pode ser derivada (depende de lei preexistente), originária (primeiro ato para execução da lei), ou ainda independente (por ser apenas um regulamento de execução da lei).

No que concerne ao poder regulamentar, verificou-se, segundo a jurisprudência do STJ e STF, que a Administração Pública deve estar sempre de acordo com o que preceitua a lei, sob pena de ser considerada ilegal, ou seja a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais do direito e nos princípios constitucionais sob pena de anulação do ato administrativo no que concerne ao exercício do poder regulamentar.



Em vista disso, e face aos limites regulamentares partiu-se para a apresentação da Resolução n.º 24 do COAF, e o limite a ela imposto, tudo sob o ângulo dos princípios que norteiam o direito brasileiro e que fez com que a referida resolução fosse submetida a ADI n.º 4841 questionando a constitucionalidade das novas regras impostas por tal resolução, vislumbrou-se, pois, algumas exigências por parte da referida Resolução e não bastasse, ainda sanções foram previstas, o que fez com que a CNPL argumentasse na referida ADI que a natureza das normas editadas por esta Resolução, por meio do poder regulamentar a ela conferida, afronta a democracia, as liberdades públicas e pessoais e de certa forma desestrutura o Estado Democrático de Direito, além de afetam de forma irreparável os profissionais e seus clientes elencados pela resolução.

O tema em discussão foi tão polemico que movimentou também a OAB, que aprovou em sessão especial um parecer sobre essa Resolução, principalmente quanto a obrigação desses profissionais em manter o sagrado sigilo constitucionalmente garantido entre advogado e parte. Entende a OAB que a referida Resolução não pode afrontar as normas e princípios constitucionais já previstos no ordenamento.

Por fim, de tudo o que foi visto, verifica-se que se o poder regulamentar mesmo estando cada vez mais abrangente e autônomo, se ofender diretamente a CF/88, poderá sofrer controle de constitucionalidade, através de ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), devidamente prevista no Art. 102, I, "a" da CF/88, pois é a garantia constitucional que permeia toda a atuação da Administração Pública que deverá subordina-se ao que a lei previamente estabelece.

## REFERÊNCIAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade - Disponível em [http://pt.wikipedia.org/wiki/A%C3%A7%C3%A3o\\_direta\\_de\\_inconstitucionalidade](http://pt.wikipedia.org/wiki/A%C3%A7%C3%A3o_direta_de_inconstitucionalidade)  
Acessado em 20/07/2014

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Resoluções sobre lavagem de dinheiro merecem atenção**. *Revista Consultor Jurídico*, 09 de abril de 2013.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/direito-defesa-resolucoes-coaf-lavagem-dinheiro-merecem-cuidado>>

Acessado em 25/05/2014

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>

Acessado em 30/03/2014

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. ADI n° 4414/AL. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo667.htm>>.

Acessado em: 24/05/2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Embargos de Declaração no Mandado de Segurança: EDcl no MS 9526 DF 2004/0012356-8. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062843/embargos-de-declaracao-no-mandado-de-seguranca-edcl-no-ms-9526-df-2004-0012356-8/relatorio-e-voto-12196711>>

Acessado em 24/05/2014

\_\_\_\_\_. **Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF**.

**Resolução n.º 24**. Disponível em:

<[http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/copy\\_of\\_coaf-resolucao-no-24-de-16-de-janeiro-de-2013-esta-resolucao-entra-em-vigor-em-1.3.2013](http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/copy_of_coaf-resolucao-no-24-de-16-de-janeiro-de-2013-esta-resolucao-entra-em-vigor-em-1.3.2013)>

Acessado em 25/05/2014

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Administrativo**. 26. Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA, Glauco Martins. **Princípio da Legalidade e Poder normativo: Dilemas da autonomia regulamentar**. Artigo elaborado a partir dos estudos realizados para o curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, denominado "Princípio da Legalidade", proferido pela Prof. Odete Medauar, no primeiro semestre de 2003. Disponível em:

<<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125422/Rev24Art15.pdf/9393b8fc-7faf-4b9b-bd09-9295329fb645>>

Acessado em: 23/05/2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZA, Alexandre; ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Prática de Direito Administrativo**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Vanessa Vieira de **Regime Jurídico da Competência Regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4 ed. Atual. Até a EC n.º53/06, São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de Direito Administrativo**, Ed. Juruá, Curitiba, 2008.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Poder Regulamentar**.

Disponível em:

<[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20110118231013562&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110118231013562&mode=print)>

Acessado em: 18 de Abril de 2014.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**, 2 ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2000.

PINHEIRO, Aline. **Advogado pode delatar cliente, decide Corte Europeia. Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-06/advogado-obrigado-delatar-cliente-decide-corte-europeia>>.

Acessado em: 25/05/2014

RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Tiago Fontoura. **A Nova Lei de Lavagem de Dinheiro – Uma Breve Análise sobre as Principais Alterações e aspectos polêmicos**. Disponível em:

<<http://www.ajufesc.org.br/index.php?q=ArtigosRevistaJuridicaAjufesc002>>

Acessado em 25/5/2014

## **ANEXO 1**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

*“Crucificam-me e eu devo ser a cruz e os cravos.  
Passam-me o cálice e eu devo ser a cicuta.  
Enganam-me e eu devo ser a mentira.  
Incendeiam-me e eu devo ser o inferno.  
(...)”  
("O cúmplice", Jorge Luis Borges).*

**CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS – CNPL**, entidade sindical de grau superior, coordenadora dos interesses das profissões liberais em todo o território nacional, reconhecida pelo Decreto nº 35.575, de 27 de maio de 1954, inscrita no CNPJ/MF sob nº 33.587.155/0001-25, com sede no SCS – Q.2 – Bl. D – Ed. Oscar Niemeyer – 9º andar – Brasília – DF – Cep 70316-900, por seu advogado (instrumento de mandato anexo), vem respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 103, IX, da Constituição Federal, para ajuizar **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, com pedido de suspensão liminar dos dispositivos legais impugnados**, pelas seguintes razões de fato e de direito:

### **1. PERTINÊNCIA TEMÁTICA.**

Em seu art. 2º, a Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, alterou o art. 9º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, disciplinadora do crime de LAVAGEM DE DINHEIRO, assim dispôs:

*“Art. 2º A Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:*

*“(..."*

*Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:*

*.....  
Parágrafo único. ....*

*I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;*

*.....  
X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;*

*.....  
XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;*

*XIII - as juntas comerciais e os registros públicos;*

**XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:**

**a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;**

**b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;**

**c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;**

**d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;**

**e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e**

**f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;**

**XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;**

**XVI - as empresas de transporte e guarda de valores;**

**XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermediem a sua comercialização; e**

**XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.” (grifo nosso).**

Como se observa, o inciso XIV, do art. 9º, da Lei nº 9.613/98, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.683/2012, se direciona "às pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza...", nas operações que a seguir discrimina. **Tratam-se de profissionais liberais, representados pela autora.**

Considerando-se que os dispositivos adiante combatidos são referentes a essas pessoas, relacionadas no inciso XIV, do art. 9º, da Lei nº 9.613/98, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.683/2012, a pertinência temática, como condição da legitimação ativa para agir, é manifesta.

## **2. DA LEI IMPUGNADA.**

Pela presente Ação Direta de Inconstitucionalidade a Autora impugna o art. 2º, da Lei nº 12.683/2012, publicada em 10 de julho de 2012, que alterou o inciso XIV do art. 9º, o art. 10 e o art. 11 da Lei nº 9.613/98, e que tem o seguinte e integral teor:

**“LEI Nº 12.683, DE 9 DE JULHO DE 2012.**

**Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.**

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

Art. 2o A Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado);

VI - (revogado);

VII - (revogado);

VIII - (revogado).

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1o Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

.....  
§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

.....  
§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5o A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.” (NR)

“Art. 2o .....

.....  
II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;

III - .....

.....  
b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

§ 2o No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.” (NR)

“Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

§ 1o Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.



§ 2o O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

§ 3o Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o caput deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1o.

§ 4o Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.” (NR)

“Art. 5º Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso.” (NR)

“Art. 6º A pessoa responsável pela administração dos bens:

.....  
Parágrafo único. Os atos relativos à administração dos bens sujeitos a medidas assecuratórias serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível.” (NR)

“Art. 7o .....

I - a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

.....  
§ 1º A União e os Estados, no âmbito de suas competências, regulamentarão a forma de destinação dos bens, direitos e valores cuja perda houver sido declarada, assegurada, quanto aos processos de competência da Justiça Federal, a sua utilização pelos órgãos federais encarregados da prevenção, do combate, da ação penal e do julgamento dos crimes previstos nesta Lei, e, quanto aos processos de competência da Justiça Estadual, a preferência dos órgãos locais com idêntica função.

§ 2o Os instrumentos do crime sem valor econômico cuja perda em favor da União ou do Estado for decretada serão inutilizados ou doados a museu criminal ou a entidade pública, se houver interesse na sua conservação.” (NR)

“Art. 8º O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1o praticados no estrangeiro.

.....  
§ 2º Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores privados sujeitos a medidas assecuratórias por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.” (NR)

“CAPÍTULO V

DAS PESSOAS SUJEITAS AO MECANISMO DE CONTROLE”

“Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

.....  
Parágrafo único. ....

I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;

.....

X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

.....  
XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;

XIII - as juntas comerciais e os registros públicos;

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;

XVI - as empresas de transporte e guarda de valores;

XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e

XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.”

(NR)

“Art. 10. ....

.....  
III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas;

V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

.....” (NR)

“Art. 11. ....

.....  
II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:

a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e

b) das operações referidas no inciso I;

III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.

.....  
§ 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do caput aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9o.” (NR)

“Art. 12. ....

.....

II - multa pecuniária variável não superior:

- a) ao dobro do valor da operação;
- b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou
- c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

.....  
IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

.....  
§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo:

.....  
II - não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10;

III - deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10;

.....” (NR)

“Art. 16. O Coaf será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, da Agência Brasileira de Inteligência, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Previdência Social e da Controladoria-Geral da União, atendendo à indicação dos respectivos Ministros de Estado.

.....” (NR)

Art. 3º A Lei no 9.613, de 1998, passa a vigorar acrescida dos arts. 4º-A, 4º-B e 11-A e dos arts. 17-A, 17-B, 17-C, 17-D e 17-E, que compõem o Capítulo X - Disposições Gerais:

“Art. 4º-A. A alienação antecipada para preservação de valor de bens sob constrição será decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou por solicitação da parte interessada, mediante petição autônoma, que será autuada em apartado e cujos autos terão tramitação em separado em relação ao processo principal.

§ 1º O requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os detém e local onde se encontram.

§ 2º O juiz determinará a avaliação dos bens, nos autos apartados, e intimará o Ministério Público.

§ 3º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a 75% (setenta e cinco por cento) da avaliação.

§ 4º Realizado o leilão, a quantia apurada será depositada em conta judicial remunerada, adotando-se a seguinte disciplina:

I - nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal:

a) os depósitos serão efetuados na Caixa Econômica Federal ou em instituição financeira pública, mediante documento adequado para essa finalidade;

b) os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal ou por outra instituição financeira pública para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas; e

c) os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal ou por instituição financeira pública serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição;

II - nos processos de competência da Justiça dos Estados:

a) os depósitos serão efetuados em instituição financeira designada em lei, preferencialmente pública, de cada Estado ou, na sua ausência, em instituição financeira pública da União;

b) os depósitos serão repassados para a conta única de cada Estado, na forma da respectiva legislação.

§ 5º Mediante ordem da autoridade judicial, o valor do depósito, após o trânsito em julgado da sentença proferida na ação penal, será:

I - em caso de sentença condenatória, nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal, incorporado definitivamente ao patrimônio da União, e, nos processos de competência da Justiça Estadual, incorporado ao patrimônio do Estado respectivo;

II - em caso de sentença absolutória extintiva de punibilidade, colocado à disposição do réu pela instituição financeira, acrescido da remuneração da conta judicial.

§ 6º A instituição financeira depositária manterá controle dos valores depositados ou devolvidos.

§ 7º Serão deduzidos da quantia apurada no leilão todos os tributos e multas incidentes sobre o bem alienado, sem prejuízo de iniciativas que, no âmbito da *competência de cada ente da Federação, venham a desonerar bens sob constrição judicial daqueles ônus.*

§ 8º *Feito o depósito a que se refere o § 4º deste artigo, os autos da alienação serão apensados aos do processo principal.*

§ 9º *Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.*

§ 10. *Sobrevindo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o juiz decretará, em favor, conforme o caso, da União ou do Estado:*

*I - a perda dos valores depositados na conta remunerada e da fiança;*

*II - a perda dos bens não alienados antecipadamente e daqueles aos quais não foi dada destinação prévia; e*

*III - a perda dos bens não reclamados no prazo de 90 (noventa) dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvado o direito de lesado ou terceiro de boa-fé.*

§ 11. *Os bens a que se referem os incisos II e III do § 10 deste artigo serão adjudicados ou levados a leilão, depositando-se o saldo na conta única do respectivo ente.*

§ 12. *O juiz determinará ao registro público competente que emita documento de habilitação à circulação e utilização dos bens colocados sob o uso e custódia das entidades a que se refere o caput deste artigo.*

§ 13. *Os recursos decorrentes da alienação antecipada de bens, direitos e valores oriundos do crime de tráfico ilícito de drogas e que tenham sido objeto de dissimulação e ocultação nos termos desta Lei permanecem submetidos à disciplina definida em lei específica."*

*"Art. 4º-B. A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações."*

*"Art. 11-A. As transferências internacionais e os saques em espécie deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil."*

**"CAPÍTULO X**

**DISPOSIÇÕES GERAIS"**

*"Art. 17-A. Aplicam-se, subsidiariamente, as disposições do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), no que não forem incompatíveis com esta Lei."*

*"Art. 17-B. A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito."*

*“Art. 17-C. Os encaminhamentos das instituições financeiras e tributárias em resposta às ordens judiciais de quebra ou transferência de sigilo deverão ser, sempre que determinado, em meio informático, e apresentados em arquivos que possibilitem a migração de informações para os autos do processo sem redigitação.”*

*“Art. 17-D. Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno.”*

*“Art. 17-E. A Secretaria da Receita Federal do Brasil conservará os dados fiscais dos contribuintes pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, contado a partir do início do exercício seguinte ao da declaração de renda respectiva ou ao do pagamento do tributo.”*

*Art. 4o Revoga-se o art. 3o da Lei no 9.613, de 3 de março de 1998.*

*Art. 5o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

*Brasília, 9 de julho de 2012; 191o da Independência e 124o da República.*

*DILMA ROUSSEFF*

*Márcia Pelegrini”*

### **3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, ficou assim redigida, a teor da Lei nº 12.683/2012, em seu art. 10:

*“Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:*

*I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;*

*II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;*

*III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*

*IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)*

*V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)*

*§ 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários.*

*§ 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente.*

*§ 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.*

*Art. 10A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores. (Incluído pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)”.*

### **Inconstitucionalidades:**

a) A primeira inconstitucionalidade a ser apontada reside no art. 10 da Lei nº 9.613/98, com a redação que lhe foi dada pelo art. 2º, da Lei nº 12.683/2012, ao rezar que os profissionais mencionados no inciso XIV acima transcrito deverão adotar as seguintes providências, no exercício de sua atividade profissional:

I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;

II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto nos arts. 10 e 11 da mencionada Lei, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas;

V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

§ 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I do artigo 10 da lei deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários.

§ 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II do artigo 10 da Lei deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente.

§ 3º O registro referido no inciso II do art. 10 da Lei será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.

O “caput”, e os incisos alterados pela lei combatida, do art. 10, da Lei nº 9.613/98, com a redação que lhe foi dada pelo art. 2º da Lei nº 12.683/2012, agridem o texto constitucional. O profissional liberal não pode ser compelido a identificar seus clientes e manter cadastro atualizado; manter registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente; adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/98, com a redação que lhe foi dada pelo art. 2º da Lei nº 12.683/2012; cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador; atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas; conservar os cadastros e registros durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação;

b) A segunda inconstitucionalidade flagrante está presente no art. 11 da Lei nº 9.613/98, com a redação que lhe foi dada pelo art. 2º da Lei nº 12.683/2012, em todos os seus incisos, assim enunciados:

*“Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º:*

*I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:(Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*

*a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*

*b) das operações referidas no inciso I; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*

*III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)*

*§ 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista.*

*§ 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.*

*§ 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do caput aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*

*Art. 11-A. As transferências internacionais e os saques em espécie deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)*

Os profissionais liberais, por igual, não podem ser compelidos ao cumprimento dessas indevidas obrigações.

c) Como se vê do art. 12 e seguintes da Lei nº 9.613/98, o profissional que descumprir tais obrigações estará sujeito a pesadas sanções, inclusive de natureza penal.

d) A violação da Carta, todavia, é manifesta e deverá ser declarada por essa Excelsa Suprema Corte, nos pontos apontados. Com efeito, os profissionais referidos no inciso XIV do art. 9º são todos exercentes de profissões liberais e estão investidos no DIREITO-DEVER de manter SIGILO em relação aos negócios jurídicos assistidos, conforme se verifica de suas leis de regência, "in verbis":

“LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994.

Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

(...)

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

XX - ...

**§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representantes da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.**” (grifo nosso).

“RESOLUÇÃO CFC Nº 803/96 DO CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE

Aprova o Código de Ética Profissional do Contador – CEPC.

(...)

Art. 2º São deveres do Profissional da Contabilidade:

(...)

II – guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito, inclusive no âmbito do serviço público, ressalvados os casos previstos em lei ou quando solicitado por autoridades competentes, entre estas os Conselhos Regionais de Contabilidade;

(...)

Art. 3º No desempenho de suas funções, é vedado ao Profissional da Contabilidade:

(...)



XV – revelar negociação confidenciada pelo cliente ou empregador para acordo ou transação que, comprovadamente, tenha tido conhecimento;  
XVI – emitir referência que identifique o cliente ou empregador, com quebra de sigilo profissional, em publicação em que haja menção a trabalho que tenha realizado ou orientado, salvo quando autorizado por eles;”

“RESOLUÇÃO NORMATIVA CFA Nº 393, DE 06 DE DEZEMBRO DE 2010 DO CONSELHO FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO

Aprova o novo Código de Ética dos Profissionais de Administração (CEPA) e o regulamento do Processo Ético do Sistema CFA/CRAS, e dá outras providências.

Art. 1º São deveres do Profissional de Administração:

(...)

II – manter sigilo sobre tudo o que souber em função de sua atividade profissional;

(...)

Art. 2º É vedado ao Profissional de Administração:

(...)

XII – revelar sigilo profissional, somente admitido quando resultar em prejuízo ao cliente ou à coletividade, ou por determinação judicial;”

“RESOLUÇÃO Nº 1.002, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2002 DO CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA - CONFEA Adota o Código de Ética profissional da Engenharia, da Arquitetura, da Agronomia, da Geologia, da Geografia e da Meteorologia e dá outras providências.

(...)

Art. 9º No exercício da profissão são deveres do profissional:

(...)

III – nas relações com os clientes, empregadores e colaboradores:

(...)

b) resguardar o sigilo profissional quando do interesse de seu cliente ou empregador, salvo em havendo a obrigação legal da divulgação ou da informação;”

“RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

(...)

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

(...)

XI – O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.”

“RESOLUÇÃO – COFECI Nº 326/92 DO CONSELHO FEDERAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS

Aprova o Código de Ética Profissional dos Corretores de Imóveis

(...)

“CONSOLIDAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DA PROFISSÃO DE ECONOMISTA

Normas Originais PL 7166/2002, Res. 1683/2001, RES 1628/1996

Resolução de Implantação Anexo I à Resolução 1.729/2004

(...)

4. São deveres que se originam da condição de economista e do respectivo exercício profissional:

4.1 – Deveres fundamentais do economista:

(...)

j) guardar sigilo sobre as informações técnico-econômicas privativas a que tiver acesso, sobretudo

quanto ao uso indevido de informações privilegiadas, em detrimento dos interesses do País e da sociedade;"

e) O Código Tributário Nacional, que é lei complementar à Constituição Federal, em seu art. 197, dispõe que "mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício; II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras; III - as empresas de administração de bens; IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais; V - os inventariantes; VI - os síndicos, comissários e liquidatários; VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

No entanto, seu parágrafo único é expresso: "A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão". Portanto, as normas impugnadas, de natureza ordinária, brigam com preceito de hierarquia superior, complementar à Constituição da República.

f) Arrostando, se assim não fosse, a lei fundamental, em sua estrutura principiológica. Como se vê da transcrição de todos os dispositivos que instituem o sigilo das profissões, o Brasil adota um micro-sistema normativo de proteção do profissional liberal e de seu cliente, em ordem a impedir aquele de revelar, a quem quer que seja, inclusive ao Estado, os negócios por ele assistidos. O que esses dispositivos increpados introduziram foi um mecanismo de delação generalizado. Com efeito, se os profissionais liberais não são organismos submetidos à COAF, qualquer informação que venham a prestar a esse órgão se ressentirá desse caráter de informação indevida. Não podem eles revelar o negócio de seus clientes a quem quer que seja, salvo por determinação judicial ou a seus órgãos disciplinares. Note-se que o advogado se insere no rol discriminado. Ora, o advogado está isento até mesmo de depor como testemunha nos processos que envolvam sua participação profissional, é dizer, de prestar informações até mesmo ao Estado-Juiz. Estaria obrigado a prestar informações a um órgão do Executivo, encarregado de fiscalização financeira? Obviamente que não. O que esses dispositivos regularam foi o PODER

DE POLÍCIA, em relação ao crime de lavagem de dinheiro. No entanto, foram longe demais ao prever a ruptura do sigilo profissional de que se revestem as profissões liberais, em favor de seus direitos fundamentais, dos direitos fundamentais de seus clientes e do Estado de Direito Democrático. O princípio constitucional violado foi o da PROPORCIONALIDADE OU DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO. O princípio da proibição do excesso ganhou amplitude vasta no direito europeu, sendo adotado pela maioria dos países em suas constituições. Embora não o tenhamos contemplado na CF de 1988, esse Excelso Tribunal tem jurisprudência iterativa no sentido de escoimar do ordenamento jurídico todas as normas legais, até mesmo emendas constitucionais violadoras de cláusulas pétreas, que desbordam do princípio da PROPORCIONALIDADE.

Quando as normas dos Conselhos Profissionais abrem oportunidade a excepcionar-se o sigilo por disposição legal ou ordem judicial, é evidente que se referem a lei constitucional, razoável, proporcional, escoimada de qualquer excesso, e às ordens judiciais devidamente fundamentadas em conformidade com os bons princípios do sistema jurídico nacional.

Se há uma atividade estatal que deva permanecer rigorosamente confinada ao campo da legalidade estrita é o exercício do poder de polícia. Se desbordado pelo agente administrativo, que ultrapassa as lindes determinantes da lei, estamos a falar de abuso de autoridade e, conseqüentemente, de ilícito penal. Se esse salto é originário do legislador, que subestima o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, ferida resta a Constituição, sob o ângulo do mencionado princípio da proibição de excesso, que se aplica tanto às liberdades positivas como às liberdades negativas. Presente de modo expresso, como dito, na maioria das constituições europeias, a proibição do excesso, no campo das liberdades positivas ou dos direitos sociais, ganhou debate de repercussão ampla na hipótese em que Portugal se viu compelido a retirar de seu texto constitucional o preceito de que o princípio não se aplicaria aos direitos sociais, que teriam de se manter absolutamente íntegros, inobstante restrições impostas pelo ordenamento da Unidade Europeia, renúncia que foi imposta por esta ao referido País, como condição de seu ingresso em seu âmbito. Mas é no campo das ditas liberdades negativas, ou, mais precisamente, da proibição de invasão, pelo Estado, da esfera reservada à liberdade individual, que mais se faz sentir a importância do princípio, sendo emblemática a lei submetida na presente ação direta e abstrata de inconstitucionalidade ao crivo dessa Suprema Corte. O insigne jurista português J.J. GOMES CANOTILHO disserta sobre esse relevante princípio e arrola exemplo muito

aproximado dessa esdrúxula obrigação de os profissionais prestarem informações sobre seus atos profissionais rotineiros à COAF, como se vê das seguintes observações doutrinárias:

*“1. Origem do princípio*

*O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (cfr. Art. 272.º/1). Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (Übermassverbot), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (cfr. Arts. 18.º/2, 19.º/4, 265.º e 266.º/2). Discutido é o seu fundamento constitucional, pois enquanto alguns autores e sentenças judiciais pretendem derivá-lo do princípio do estado de direito (cfr., por último, Ac TC 200/2001, DR. II de 27/06/2001), outros acentuam que ele está intimamente conexionado com os direitos fundamentais (Cfr. Acs TC 364/91, DR I, de 23/8 – Caso das inelegibilidades locais -, e 650/93, DR, II, 31-3-94). Na qualidade de regra de razoabilidade – rule of reasonableness, através da regra da razoabilidade, o juiz tentava (e tenta) avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente. Hoje, assiste-se a uma nítida europeização do princípio da proibição do excesso através do cruzamento das várias culturas jurídicas europeias.*

*2. A “europeização” do princípio da proibição do excesso*

*Vejamos alguns exemplos de que demonstram a importância da justa aplicação do princípio da proibição do excesso na actual cultura jurídica comunitária e europeia: (1) poderá a autoridade administrativa competente proibir uma conferência literária com o fundamento na necessidade de manutenção da ordem pública antes de recorrer a outras medidas menos coactivas da liberdade de expressão e criação literária? (2) será “necessária”, “adequada” e “proporcionnal”, a medida administrativa de encerramento de um “estabelecimento comercial” por colocar à venda produtos sem tabelamento dos preços? (3) haverá violação do princípio ou proibição do excesso numa medida administrativa que proíbe o exercício de religião numa construção de interesse histórico com fundamento na necessidade de proteção dos valores arquitectónicos? (4) será necessária a nulidade de apreensão de um jornal para impedir a divulgação de informações que já foram tornadas públicas através da Internet? Casos como estes ou semelhantes têm sido objeto de litígio nos vários quadrantes jurídicos-culturais europeus. A convergência dos sistemas de common law e de direito administrativo, no ordenamento europeu, vem realçar que o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso é, hoje, assumido como um princípio de controlo exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito.*

*(...)*

*Através de standards jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão. Assim, quando se pedir a um juiz uma apreciação dos danos causados pela carga policial numa manifestação, o que se visa não é contestar a legitimidade da administração na defesa do interesse e ordem públicos mas sim o de averiguar da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade da medida de polícia. Quando se solicita a um tribunal que aprecie a legitimidade da*

*busca e apreensão de um jornal difusor de notícias desfavoráveis ao Governo, não se exige ao juiz que se arvore em “censor” e “administrador negativo” mas que, através da utilização de “standards” de controlo, verifique se a administração se pauta por critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade. Quando se procura um tribunal para decidir sobre a adequação de medidas expropriatórias para salvaguardar o património paisagístico e cultural, o cidadão demandante não pretende que o juiz se substitua à administração como responsável pela defesa do património, mas apenas que aprecie a proporcionalidade da intervenção ablatória da administração, tendo em conta o escopo invocado para a prática do acto expropriativo. Este controlo – razoabilidade – coerência, razoabilidade-adequação, proporcionalidade-necessidade – é hoje objeto de difusão em toda a Europa através do Tribunal de Justiça das Comunidades (cfr. Tratado da União Européia, art. 5º, segundo a numeração do Tratado de Amesterdão). Trata-se, afinal, de um controlo de natureza equitativaque, não pondo em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de actos autoritativos e sem afectar a certeza do direito, contribui para a interação do “momento de justiça” no palco da conflitualidade social.*

*O princípio da proporcionalidade é também utilizado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na concretização/aplicação de algumas normas da Convenção Européia dos Direitos do Homem (art. 8º e 11º). As medidas restritivas dos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao fim visado e jamais atingirem a substância do direito.”*

g) Por fim, a necessidade de proteção desse micro-sistema de tutela das profissões liberais emerge do disposto no § 2º do art. LXXVII da Constituição Federal, ao rezar que **"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"**. Talvez esse micro-sistema seja um dos mais importantes, em nosso ordenamento jurídico, para que flua a democracia, as liberdades públicas e pessoais e se mantenha devidamente estruturado nosso Estado de Direito.

h) Em vista dessa pletera de dispositivos apontados como ofensivos à Constituição, impõem-se, para concluir, algumas considerações.

Sua natureza veicula o totalitarismo. Primeiro, aquele que se entende como a concentração de todas as pessoas, físicas e jurídicas, instituições etc, como situadas num único plano e portadoras de um dever unívoco. Nessa argamassa homogênea imposta por uma lei, não há espaço para condutas individuais. Todos estão compelidos a um comportamento indiscrepante. Todos são iguais na sociedade e, portanto, a manada mencionada por Nietzsche deve ruminar em unísono. As atividades não se distinguem. Agências do mercado de capitais são embutidas no mesmo labirinto dos profissionais liberais que prestam serviços de assistência aos negócios. Idem, quanto aos bancos, e assim por diante.

Sob esse aspecto, o espectro social é totalizado. Na visão de nosso malsinado legislador, Aldoux Huxley foi pouco imaginativo, pois, em seu "Admirável Mundo Novo", pelo menos a sociedade era quadripartite, enunciada por letras do alfabeto grego.

Assim agrupada a sociedade dos delatores, seu sentido se evidencia: é voltada para os interesses do Estado, tomado pelas algemas de um governo Big Brother, no mais puro estilo do que enunciou o fascismo: nada fora do Estado, nada contra o Estado, tudo dentro do Estado. Assim é, efetivamente, se uma prosaica intermediação feita por um corretor de imóveis torna-o um policial a serviço da COAF. Diga-se o mesmo de um advogado que orientou os negociadores e elaborou o contrato. É, portanto, o conhecido totalitarismo de Estado.

Essa lei nos dá a impressão de que o combate à corrupção, à lavagem de dinheiro, somente é possível sob a mão forte do caudilhismo. A democracia não passa da anarquia, como diziam os sofistas gregos. Destarte, a lei dá um golpe mortal sobre o regime democrático, muito embora permaneça em vigor o nominalismo do Estado de Direito Democrático e Constitucional. Se isso for negado, só nos resta concluir que o espírito dessa lei esteve completamente obnubilado.

A presunção que a lastreia - e toda lei parte de uma realidade presumida, a ser consagrada ou alterada - é a de que todos os brasileiros são desonestos. Do contrário, não seria necessário comunicar seus mais prosaicos negócios jurídicos a um órgão de controle estatal. E todo dinheiro é sujo; portanto, precisa da assepsia, que se faz através das transações jurídicas, reguladas pelas leis civis e comerciais. Os negócios jurídicos, termos que o inesquecível Miguel Reale pôs em substituição a atos jurídicos, são todos contaminados. O direito privado é um conjunto de regras voltado à lavagem de capitais; as riquezas nacionais só podem ser originárias de uma administração pública assaltada, malversada. Em outras nações, a presunção vai no sentido contrário: presume-se a retidão, o caráter dos cidadãos; a infração ao direito é excepcional e, uma vez percebida pelas autoridades competentes, severamente punida. Isso nos leva a supor que o Brasil atual não sobreviverá no interior de um regime democrático. O legislador, dissimuladamente, como não poderia deixar de ser, já pôs essa suposição em plena prática.

A essa planície desértica e inóspita desaguou a corrupção em nosso país. Resta saber se ainda é possível salvar a liberdade. Talvez... Essa salvação só é possível se essa Excelsa Corte, embora ciente do preço da democracia, considere o

regime político impregnado de valor maior em relação ao combate ao crime; que obviamente deve se dar, porém nas lindes de uma realidade não opressiva. Portanto, considerar esses dispositivos como afrontosos à estrutura de nosso edifício constitucional - assim como outros semelhantes, em sede própria de legitimidade - é o instrumento à disposição dessa Corte para salvaguardar um regime político pelo qual muitos sofreram e tantos outros sucumbiram. Face a essas canhestras iniciativas legislativas, podemos lembrar a paráfrase romana de que a sorte está lançada.

Por tais razões seguem-se os pedidos adiante formulados.

#### **4. DA LIMINAR.**

Considerando-se que a Lei ora impugnada entrou em vigor na data de sua publicação, os seus efeitos já se espalham e afetam de forma irreparável os profissionais representados pela Autora. O *“fumus boni juris”* se mostra presente dado o dever profissional de sigilo, sigilo este que não poderá ser recomposto após a sua quebra, e que restou malferido pela legislação impugnada, acrescentando-se ao fato de que pautando-se pela ética e pelo dever profissional os representados da Autora estarão sujeitos às penalidades da lei, inclusive criminais. Já o *“periculum in mora”* se mostra também presente pelo simples decorrer do tempo inimigo e que traz consigo a obrigação da prática dos atos reputados inconstitucionais na presente ação.

**Portanto, configurados os requisitos gerais das cautelares, pede a autora a suspensão cautelar da eficácia das regras impugnadas, até o julgamento final do mérito desta ação direta, para que direitos subjetivos eventualmente malversados pelas normas inconstitucionais não restem irremediavelmente prejudicados.**

#### **5. DO PEDIDO.**

**Em face do exposto, a Autora, investida de pertinência temática, uma vez que os artigos de Lei ora impugnados impactam diretamente sobre as atividades dos profissionais liberais representados pela Confederação, pede a procedência da ação, para declarar-se a inconstitucionalidade:**

**(a) do art. 2º da Lei nº 12.683/2012 que deu nova redação ao art. 10da Lei nº 9.613/98;**

**(b) do art. 2º da Lei nº 12.683/2012 que deu nova redação ao art. 11 da Lei nº 9.613/98.**

## **6. REQUERIMENTOS**

Finalmente, requer-se a regular citação, na forma legal, da Excelentíssima Senhora PRESIDENTA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL; da UNIÃO FEDERAL, na pessoa de seu ilustre ADVOGADO - GERAL e do CONGRESSO NACIONAL, na pessoa de seus representantes legais, para prestação das informações de praxe e acompanhamento do presente processo, ouvindo-se o Ilustre PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, até final sentença, que deverá dar pela **procedência** da presente ação direta de inconstitucionalidade, para todos os regulares e devidos efeitos.

Protestos habituais de estilo.

## **7. VALOR DA CAUSA.**

Dá-se a causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais ).

Termos em que,

Pede Deferimento.

De São Paulo para Brasília, 22 de agosto de 2012.

Amadeu Roberto Garrido de Paula

OAB/SP 40.152



## **ANEXO 2**

## **ANEXO 3**