



Sobre a Revista
Última Edição
Edições Anteriores
Normas
Chamada de Trabalhos
Contatos

Direito

Revista da Faculdade de Direito
Centro Universitário Padre Anchieta
Jundiaí/SP

ISSN 1519-1656

UNIAnchieta

Edição especial: homenagem ao *Desembargador Professor Mestre Márcio Franklin Nogueira* - Coordenador do curso de Direito.

Conselho Editorial:

Claudinei Coletti

Cláudio Antonio Soares Levada

Ivone Silva Barros

João Carlos José Martinelli

Lucia Helena de Andrade Gomes

Mauro Alves de Araújo

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Simone Zanotello

Tereza Cristina Nascimento Mazzotini

Organização:

Lucia Helena de Andrade Gomes

AGRADECIMENTOS

Agradecemos o apoio do Centro Universitário Padre Anchieta, em nome do Presidente Dr. Norbeto Mohor Fornari. Agradecemos ainda, em especial a Glaucia Satsala pela forma solícita e competente para a publicação desta edição.

Aos estimados professores, que coletivamente contribuíram com a construção da nossa Revista.

APRESENTAÇÃO

“O que vale na vida não é o ponto de partida e sim a caminhada, caminhando e semeando, no fim terás o que colher.”

Cora Coralina

Sinto-me honrada por organizar os textos da Revista do Curso de Direito, nesta edição especial em homenagem ao Desembargador Márcio Franklin Nogueira, ilustre Coordenador do nosso curso no Centro Universitário Padre Anchieta.

O mentor da ideia desta edição foi o Prof. Dr. Mauro Alves Araújo, que lançou o projeto em conversa informal com os colegas docentes entre eles o Desembargador Claudio Antonio Soares Levada e João Carlos José Martinelli. De plano, os professores presentes acolheram a proposta. Aceitei a missão de organizar os textos e estabelecemos o prazo de uma semana para o envio dos trabalhos. Confesso, no início, estava cética quanto aos resultados, mas fui surpreendida com o comprometimento dos professores. Pouco a pouco, em um movimento orquestrado, a caixa de e-mails recebia textos produzidos nas diversas áreas do conhecimento jurídico. A coreografia do grupo, passo a passo, dava forma para a nossa Revista, produzida de forma coletiva e participativa.

Trata-se de uma produção organizada de forma célere e, portanto, passível de erros de normatização. A revisão final, tão necessária para a estética foi realizada individualmente por cada autor, considerando-se o tempo escasso para a produção final. Ainda assim, preferi correr os riscos da imperfeição ao provocar uma ruptura em nossa coreografia e encerrar o espetáculo, antes mesmo de iniciá-lo. Como sabiamente afirmou a nossa ilustre poeta Cora Coralina (1982), o que vale é a caminhada...

Agora, resta-nos navegar nos textos e saborear novos conhecimentos. Avante!

Lucia Helena de Andrade Gomes

AO DR. MÁRCIO FRANKLIN NOGUEIRA, NOSSA ETERNA GRATIDÃO!

João Carlos José Martinelli

Conheci o Dr. Márcio Franklin Nogueira anos atrás, quando começava a circular o “Jornal da Cidade”. Idealista, era uma das várias pessoas da cidade que desejavam lançar um órgão de imprensa diferenciado à época (1968), com um estilo próprio e moderno. Na ocasião era advogado e chegou com Afrânio Bardari, posteriormente um jornalista profissional de grande projeção, a ter um escritório de cobranças no Edifício Marijú, prédio que completará cinquenta anos em janeiro de 2014. O zelo com os destinos da cidade chegou a levá-lo à candidatura a vereador pelo extinto MDB, partido que fazia oposição ao sistema instaurado pelo golpe de 1964.

Ressalto tais aspectos para mostrar outro lado desse renomado juiz de Direito, o de sua preocupação permanente com as circunstâncias sociais. Por outro lado, extremamente inteligente, com uma memória privilegiada, sempre escreveu muito bem e mesmo que assim não se manifestasse, era um líder nato, razão pela qual em pouco tempo na magistratura galgou a direção do Fórum em Jundiaí e ainda jovem foi designado ao Tribunal de Justiça como desembargador, onde desenvolveu uma brilhante carreira até a aposentadoria.

Dotado de uma personalidade marcante, com um estilo próprio e independente de se conduzir em suas atividades, evidencia-se por sua capacidade profissional, firmeza de propósitos, franqueza e autenticidade. Com elevado senso crítico, apesar da aparente timidez, mostra-se altivo no trato de questões em geral, com uma postura consolidada em vasta cultura e na forma convincente de se expressar.

Há mais de vinte e cinco anos desfruto de sua companhia na Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, da qual é o seu coordenador há muito tempo. Pude assim constatar o seu empenho, dedicação e competência no magistério e principalmente seu respeito aos demais professores. Em inúmeras oportunidades os defendeu com veemência e luta continuamente pelos interesses destes.

Como amigo, está indiscutivelmente presente em todas as horas, manifestando preocupação com aqueles que o rodeiam. Torcedor da Sociedade Esportiva Palmeiras, sabe

discernir as brincadeiras e as tira de letra quando seu time sofre alguma derrota. Aliás, também compartilho sua paixão futebolística.

A revista que ora apresentamos aos alunos, professores e a toda família acadêmica se revela numa singela homenagem a esse grande jurista, que muito contribui para o elevado nível de nossa instituição e todos os participantes se sentem honrados em reverenciá-lo. Por isso, revelamos publicamente o respeito e a admiração que sempre nutrimos pelo Dr. Márcio, exemplo de profissional, pelo qual agradecemos à amizade e o apoio que sempre depositou no trabalho de seus colegas, tentando lhes propiciar as melhores condições para exercerem com dignidade o nobre ofício de ensinar.

SUMÁRIO

ACESSO À JUSTIÇA: BALANÇOS E PERSPECTIVAS

José Renato Nalini..... 9

A AVALIAÇÃO DOS CURSOS DE DIREITO E OS RESULTADOS DO ENADE: CONTROVÉRSIAS E DESAFIOS

Lucia Helena de Andrade Gomes..... 21

DEFENDER OS DIREITOS HUMANOS É LUTAR PELO DIREITO DAS PESSOAS A UMA VIDA DIGNA

João Carlos José Martinelli 27

A IMPRESCINDIBILIDADE DO ADVOGADO NA ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESA

Mauro Alves de Araujo 30

DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL: BREVES NOTAS

Teresa Mazzotini 33

PROPRIEDADE DA TERRA E CORONELISMO NO BRASIL

Claudinei Coletti 37

O RECURSO NO PREGÃO

Simone Zanotello de Oliveira..... 50

MORALIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Márcia Cristina Nogueira Ciampaglia..... 71

CONTRIBUIÇÃO CONSTRUTIVISTA PARA O ENSINO JURÍDICO

Ricardo Rodrigues Gama 81

CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA CRIMINAL

Sebastião Augusto de Camargo Pujol 97

BREVE OLHAR SOBRE DIREITO E HERMENÊUTICA

Clelia Gianna Ferrari 103

O PACTO DE PREFERÊNCIA NO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

Patrícia de Almeida Torres Oliveira..... 110

DELAÇÃO PREMIADA NOS CRIMES ECONÔMICOS

Juliana Caramigo Gennarini 119

REFLEXÕES SOBRE O ESTATUTO DO TORCEDOR

José Adriano De Souza Cardoso Filho 135

ATOS “*INTERNA CORPORIS*” - CONTROLE E DELIMITAÇÃO

João Jampaulo Júnior 151

DIREITO TRIBUTÁRIO: UM CASO CONCRETO

Alexandre Barros Castro 207

DETERMINISMO DE LAPLACE

Luiz Carlos Branco Junior..... 219

INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE E PUBLICIDADE DA PENHORA Á LUZ DA LEI 11382/06

Tarcisio Germano De Lemos Filho 229

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. PRÓS E CONTRAS. VISÃO JURISPRUDENCIAL – *Formador de Opinião*

Claudio Antonio Soares Levada..... 240

REDUÇÃO DA IDADE PENAL: POSIÇÃO CONTRÁRIA! – *Formador de Opinião*

Frederico Afonso Izidoro 245

EDUCAÇÃO INCLUSIVA? – *Formador de Opinião*

Lucia Helena de Andrade Gomes..... 249

ACESSO À JUSTIÇA: BALANÇOS E PERSPECTIVAS

José Renato Nalini¹

A Constituição de 5.10.1988 foi aquela que mais acreditou no Judiciário. Desde o seu preâmbulo, a proclamar que *a Justiça é um valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, ela enfatiza o valor e a relevância dessa fórmula para resolver os problemas humanos. Indica a *solução pacífica das controvérsias* como um compromisso na ordem interna e internacional e reitera explicitamente a opção em seu texto².

Carta principiológica e dirigente adota como suprafundamento a dignidade da pessoa humana³. Atributo que tem como avalista o Judiciário, um poder independente e harmônico a conviver com os dois outros⁴. O objetivo permanente da República é edificar uma sociedade livre, justa e solidária⁵.

O intuito de evidenciar essa vontade resta enfatizado no conteúdo fundante. Desde a alteração topográfica da enunciação dos direitos humanos, anteriormente situada quase no final do texto e agora em seus prolegômenos, até à exaustiva declamação em setenta e oito incisos e quatro parágrafos⁶.

Parte considerável deles integra o equipamento *Justiça*, conforme se verifica, exemplificativamente, no discurso pela inafastabilidade do controle jurisdicional - *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*⁷, garantia de que todo e qualquer interesse encontrará um juiz a postos para decidir a respeito.

O constituinte ainda prestigiou o *devido processo legal - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*⁸ e minudenciou o que ele significa:

¹ Professor Doutor no Centro Universitário Padre Anchieta – Unianchieta Jundiaí/SP, José Renato Nalini é Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo, biênio 2012/2013,

² Preâmbulo e inciso VII do artigo 4º da Constituição da República.

³ Inciso III do artigo 1º da Constituição da República.

⁴ Artigo 2º da Constituição da República.

⁵ Inciso I do artigo 3º da Constituição da República.

⁶ Artigo 5º, incisos de I a LXXVIII e §§ de 1º ao 4º da Constituição da República.

⁷ Inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República.

⁸ Inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República.

*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*⁹.

O protagonismo do juiz brasileiro foi escancarado pelo formulador do pacto federativo. A ele deve ser submetida, *e de imediato*, a apreciação da legalidade de qualquer ato de segregação da liberdade: *a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*¹⁰.

Criou-se um elenco de novas ferramentas de provocação do Judiciário, com ampliação de sujeitos legitimados a fazê-lo, como é o caso do *mandado de segurança*, hoje passível de ser impetrado por a) *partido político com representação no Congresso Nacional*; e por b) *organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados*¹¹.

A cidadania foi convocada a fazer valer os seus direitos, com estímulos que evidenciam o empenho do constituinte em provocar a participação popular na administração da Justiça. Foi mantida e reforçada a *ação popular*, cuja propositura é assegurada a *qualquer cidadão*, com vistas *a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*¹².

Nenhum obstáculo conseguirá impedir o brasileiro de recorrer aos tribunais, pois *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*¹³. Resultado disso é a criação e a crescente ampliação dos cargos da *Defensoria Pública*, uma das carreiras de Estado prioritariamente direcionadas a levar os hipossuficientes a terem o seu *day in Court*.

A consolidação de um quadro normativo destinado a converter a Justiça num dos mais potentes braços do Estado veio a se mostrar um esforço permanente. Dez anos depois de promulgada a Constituição, a *eficiência* foi incluída dentre os princípios fundamentais da

⁹ Inciso LV do artigo 5º da Constituição da República.

¹⁰ Inciso LXV do artigo 5º da Constituição da República.

¹¹ Inciso LXX do artigo 5º da Constituição da República.

¹² Inciso LXXXIII do artigo 5º da Constituição da República.

¹³ Inciso LXXXIV do artigo 5º da Constituição da República.

Administração Pública¹⁴. Não é demais presumir que essa inserção teve em vista a permanente reforma do Judiciário, função que por sua formação jurídica - a mais conservadora e anacrônica, resistente a mutações e hermética por vocação - custou a assimilar os desafios dos novos tempos.

Não satisfeito, o constituinte derivado clarificou um direito fundamental já extraível do sistema: aquele titularizável por *qualquer pessoa*, pois garantido *a todos*. Consistente na razoável duração do processo e no acesso aos meios garantidores da celeridade na tramitação de processos no âmbito judicial e administrativo¹⁵. Foi a mesma Emenda Constitucional 45/2004 que criou o CNJ - Conselho Nacional de Justiça, o polêmico órgão de *controle externo* do Poder Judiciário, tão discutido na fase pré-constituente e que passou a integrar a estrutura da Justiça brasileira.

Mercê de toda essa consideração, o Judiciário se agigantou. Hoje tramitam pelas várias instâncias da Justiça nada menos do que 92,2 milhões de processos. Essa quantidade transmite uma sensação desconfortável: só pode estar enferma uma sociedade que litiga com tamanha intensidade. Descontada a infância, que em regra não tem demandas no foro, poder-se-ia concluir que *toda a Nação* está a brigar em juízo.

Isso não é verdade. Tem-se de considerar a presença do Estado, em suas inúmeras configurações, como *o maior cliente* do Poder Judiciário. Mais da metade das lides têm o Estado como um dos polos. Em São Paulo, a Justiça comum possui 20 milhões de processos em andamento e 12 milhões deles são execuções fiscais. Ou seja: é o Estado ou Município a cobrar tributos que os contribuintes não satisfizeram.

Cobrar dívida do governo não deveria ser função judicial. Não se leva em conta que um processo de execução fiscal chega a custar ao povo de R\$ 1.300,00 a R\$ 1.500,00, enquanto as Prefeituras, com receio da incidência de sanções decorrentes da Lei de Responsabilidade Fiscal, acionam a Justiça por dívidas infinitamente inferiores a tal valor.

A *judicialização da vida* é um fenômeno que o Brasil vivencia e não tem levado a sério. Decorrência do pesado investimento na formação jurídica. Chegou-se a mencionar o número de 3 mil Faculdades de Direito em funcionamento, cada uma delas a arremessar num saturado mercado de trabalho milhares de novos bacharéis a cada semestre.

¹⁴ Artigo 37 da Constituição da República, redação da EC.19/1998, salientando-se que *eficiência* já constara do texto originário, mencionada no artigo 74 da Carta.

¹⁵ Inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República, incluído pela EC. 45/2004.

O *exame da OAB*, um verdadeiro *vestibular às avessas*, tenta credenciar para o desempenho no foro apenas os mais capazes¹⁶. Ou seja: os cinco anos de Bacharelado não foram suficientes para prover o formado de condições mínimas para o exercício profissional. Mesmo assim, o Brasil possui cerca de um milhão de advogados, sem calcular o número daqueles que não conseguem aprovação no teste de aptidão promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, quase sempre frustrados e revoltados com o sistema.

Acrescentem-se a tais profissionais os *procuradores*, advogados públicos, também contemplados na Constituição¹⁷, assim como os *defensores públicos*, integrantes de instituição *essencial à administração da justiça*¹⁸ aos quais incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

São ainda carreiras jurídicas a polícia civil, dirigida por *delegados de polícia de carreira*, responsável pela polícia judiciária e apuração de infrações penais¹⁹ e as delegações estatais dos serviços notariais e de registro, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos²⁰.

Todas essas profissões estão condicionadas a um curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas. As principais, todavia, continuam a ser a de Juiz e a de Promotor de Justiça. O Brasil optou por distinguir entre o Magistrado, título reservado ao integrante do Poder Judiciário e o membro do Ministério Público²¹, *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*²². Países que nos inspiraram em elevado

¹⁶ O *vestibular*, solução brasileira para a insuficiência de vagas na Universidade, passou a representar mera ficção nas Faculdades de Direito. A demanda hoje é inferior à oferta de vagas. Por isso a adoção de táticas de *vestibular programado*, de *entrevistas* que garantem ao interessado acesso à formação jurídica em qualquer época do ano, sem dificuldades maiores. O teste decisivo será o *Exame da OAB*, que segura milhares de bacharéis e não permite que eles exerçam profissão considerada *indispensável à administração da Justiça* - artigo 133 da Constituição da República.

¹⁷ Artigos 131 e 132 da Constituição da República.

¹⁸ Artigo 134 da Constituição da República.

¹⁹ Parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição da República.

²⁰ Artigo 236 e seus parágrafos, notadamente o 3º, da Constituição da República.

²¹ O Ministério Público foi a instituição que mais cresceu na nova República Federativa do Brasil, a partir de 5.10.1988. O *absurdo lógico* de Calamandrei, que estranhava o *juiz apaixonado* e o *advogado sem paixão* protagonizados pelo Promotor, passou a desempenhar papel relevante no Estado Democrático, empolgando as mais sedutoras dentre as bandeiras defendidas pela cidadania. Tanto que nas pesquisas de avaliação do funcionamento das Instituições, enquanto a Justiça patina disputando espaços com outras desacreditadas, a confiança no Ministério Público parece considerá-lo expungido dos defeitos e falhas imputadas ao equipamento Justiça e, sobretudo, ao Poder Judiciário.

²² Artigo 127 da Constituição da República.

grau no trato das questões jurídicas preferiram uma carreira única: tanto na França como na Itália, a Magistratura é *una*. Existe no berço de Montesquieu o *magistrat de siège* - o juiz - e o *magistrat du Parquet* - o Ministério Público. A magistratura sentada, o juiz que tem de meditar para fazer incidir a vontade concreta da lei ao caso submetido à sua apreciação e a magistratura em pé, dinâmica e atuante, como deve ser o Promotor de Justiça. Ali, tanto em França como na bota peninsular, ambas são carreiras intercambiáveis. Tanto que a famigerada operação *mãos limpas* foi protagonizada pelo Ministério Público, não pelo braço da Magistratura. E no Brasil, tal episódio sempre foi mencionado como fruto da atuação dos Juízes.

O número de profissões jurídicas explica, de certo modo, a excessiva judicialização da vida brasileira. Praticar o justo, buscar a virtude da justiça é algo meritório e louvável. Perseguir tais ideais mediante a utilização de um equipamento estatal denominado *Poder Judiciário* é que se torna a cada dia mais questionável.

Uma reflexão por parte da sociedade se faz urgente. Não apenas confiada ao discernimento dos próprios atores. O discurso vigente, no espaço reservado aos profissionais do direito, é sempre o mesmo. A Justiça precisa de mais orçamento, de mais cargos, de maior estrutura. A sociedade poderia partir de outro foco: será que todas as questões precisam, necessariamente, passar pela análise técnica e formalista de um juiz de direito?

O Brasil adotou um modelo sofisticado de Judiciário. Basta mencionar que embora se trabalhe com *Códigos Nacionais* - o Código Civil, o Código Penal, os Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, para citar os mais utilizados - não são *estaduais*, nem *federais*, são nacionais - há *duas Justiças Comuns*. Existe uma superposição: Justiça Comum Federal e Justiça Comum Estadual.

Fôssemos levar às últimas consequências o Federalismo brasileiro e teríamos de contar também com uma *Justiça Municipal*, pois o Município integra a Federação Brasileira.

Mas essas duas Justiças *Comuns* não encerram o panorama judiciário. Há três *Justiças Especiais*: Trabalhista, Eleitoral e Militar.

Esse esquema vai se sofisticar ainda mais com os *quatro graus de jurisdição* de obrigatória atuação, podendo desaguar em *seis graus de jurisdição*. Tenho repetido que, de tanto apreço ao princípio do *duplo grau de jurisdição*, chegamos ao *quádruplo*, quando não ao *sêxtuplo*. É que o processo tem início no primeiro grau, passa por uma *segunda instância*,

que são os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e, em alguns Estados da Federação, existem os Tribunais de Justiça Militar.

As sentenças de primeiro grau, que deveriam solucionar a questão, diante de uma comunidade jurídica ávida por militância e por exaurir todas as oportunidades de reapreciação da causa, às vezes são consideradas meras *minutas* de decisão. Elevadíssimo número de recursos mostra a insatisfação dos interessados com a dicção do direito mais próxima ao fato, proferida por aquele que examinou as provas, ouviu as testemunhas, inquiriu os partícipes e os encarou face a face, acumulando as melhores condições de dar uma resposta adequada à pretensão que se formulou perante a Justiça.

Esse grau superior de jurisdição, ao qual converge a maioria das causas, ainda não é o definitivo. Insiste-se em remeter o processo para exame dos Tribunais Superiores. O Superior Tribunal de Justiça, que foi idealizado como uma verdadeira *Corte de Cassação*, para conferir uniformidade à aplicação da lei federal e desafogar o Supremo Tribunal Federal, transformou-se em verdadeira *Terceira Instância*. Assim como o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar.

Mas existe ainda, disponível e pronto a receber reclamos dos insatisfeitos, o Supremo Tribunal Federal. Embora inspirado na Suprema Corte Americana, o STF brasileiro atua como *quarta instância* no Brasil. A função do STF é exercer a *guarda precípua* da Constituição²³. Mas suas atribuições são tantas e tamanhas, que ao contrário do similar ianque, sinalizador dos grandes nortes à luz de uma Carta sintética, enxuta, pragmática, a sobreviver por mais de dois séculos graças à sensatez de seus intérpretes, é, na verdade, um *Tribunal de quarta instância*. Quase tudo pode chegar à análise do STF, com seus onze juízes afogados em milhares de feitos, muitos dos quais a conter teses já pacificadas e anteriormente enfrentadas pelo mesmo Tribunal.

Só que o Brasil se esmerou e fez do Conselho Nacional de Justiça um verdadeiro *Poder Moderador*, que pode julgar, administrar e legislar. Quando julga, inclui mais um grau de jurisdição ao modelo pátrio, tendo suas decisões passíveis de reexame pelo STF. Por isso é que não constitui exagero afirmar que o Brasil conseguiu a façanha de possuir *seis instâncias* de jurisdição.

²³ Artigo 102 da Constituição da República.

Não é só. O sistema recursal é caótico. As possibilidades de reexame são tantas, que podem chegar a várias dezenas. Tentativas de se conferir racionalidade são abortadas, como a proposta do Ministro CEZAR PELUSO, combatida por representar ameaça ao princípio constitucional que garante *todos os recursos possíveis* e, por consequência, a eternização dos processos.

Diante desse quadro, várias leituras são possíveis.

Para os otimistas, o excesso de ações em curso apenas representa um *termômetro democrático*. As pessoas descobriram o Judiciário, acreditam nele, confiam nele e, portanto, o procuram de forma constante e crescente.

Afinal, a presença atuante de juízes e tritunais é sinônimo do Estado de Direito de índole democrática prometida pelo constituinte após um período de autoritarismo que precisa ser relegado. Não se deve levar em demasiada conta o custo do equipamento. O Judiciário é um símbolo cuja existência não se condiciona a questões menores como o dispêndio, já que os canais de solução de problemas humanos estão acima de qualquer cifra. A tutela da liberdade não tem preço.

Já para outros, o volume de processos é sintoma de patologia aguda. Uma sociedade que precisa de juiz para resolver questiúnculas está enferma. Padece da incapacidade de dialogar, de resolver pendências mediante discussão sensata.

No momento em que o indivíduo declina da possibilidade de conversar, que se fecha à oportunidade de um *acerto de contas* com o adverso, ele demonstra não viver em comunidade. A *comum unidade* não prescinde de diálogo, de uma via de mão dupla, de reciprocidade na exposição dos pontos de vista, de disponibilidade para tentar o estabelecimento de um convívio harmônico.

O aspecto ético das soluções *extrajudiciais* é merecedor de análise detida. O indivíduo que confia a sua angústia, dor, sofrimento, prejuízo, perda moral ou qualquer outro direito ou interesse ferido a um profissional do direito, para que este promova um processo judicial, pensa estar na situação de *sujeito de direito*. Na verdade, o sistema judicial o trata como *objeto do direito*. Mesmo que a parte venha a ser ouvida pelo juiz, o será mediante procedimento ritualístico impeditivo de espontaneidade, de *contar os fatos desde o começo*. Será inquirido de forma técnica, após o magistrado haver fixado os pontos controvertidos da lide.

Esse depoimento pessoal será *reduzido a termo* com a linguagem do foro, eminentemente técnica. Não será a narrativa natural em conversação coloquial, senão a tradução técnica no estilo formal do universo jurídico.

Mesmo assim, terá sido a última oportunidade de falar perante o juízo. A partir daí, tudo será interpretação da realidade fenomênica à luz da vontade normativa. No cipoal legislativo brasileiro, em que a Constituição é o ápice, mas por sua principiologia admitir múltiplas sendas hermenêuticas, haver espaço para toda e qualquer manifestação da vontade judicial, nunca haverá confiável prognóstico sobre o resultado da demanda.

Sobre a dor concreta, o prejuízo real, o interesse machucado de qualquer parte em juízo, incidirá a *vontade da lei*, de acordo com a orientação filosófica, ideológica ou mesmo idiossincrática do juiz. Cujá convicção foi a resultante do talento dos advogados e demais partícipes do processo. Redigido de maneira que nem sempre o próprio maior interessado saberá decifrar.

Outro aspecto a ser analisado é a tendência à resolução meramente processual dos conflitos, sem que se alcance o âmago da questão concreta que obrigou alguém a entrar em juízo. O processo não é senão *instrumento de realização do justo*. Mas no Brasil, mercê de várias causas, das quais não é a menor o desenvolvimento de uma cultura processualística exercida com inequívoca competência por estudiosos os mais sedutores, o processo ganhou autonomia e ênfase, chegando a representar *finalidade* em si. O instrumento se tornou mais importante do que a substância, a cujo serviço tradicionalmente se prestava. A busca de autonomia científica, o abandono da posição ancilar ao direito substancial, o horror à condição de *direito adjetivo*, subalterno ao *direito substantivo*, produziu um fenômeno negligenciado, mas que deveria ser mais estudado. Qual a percentagem de ações que terminam com respostas processuais ou procedimentais, sem alcançar o cerne da questão que as originou?

Aquele que pretendeu obter do Judiciário uma solução e recebeu decisão processual, que deixa intacto ou até agravado o conflito, não poderá continuar a manter a mesma crença na Justiça.

Ou seja: a solução jurisdicional, nada obstante seja um estágio avançado no processo civilizatório, não deixa de ser uma intervenção heterônoma à vontade das partes. É o Estado-juiz a tarifar a dor, o sofrimento, a angústia, a revolta de quem se viu afrontado em seus

direitos. Por isso a concepção de que, no processo judicial, embora chamado *sujeito processual*, a parte é, na verdade, um *objeto da vontade judicial*. Dir-se-á que é *objeto da vontade da lei*. Mas a lei é o que o juiz entende que ela é. Isso não é novidade e advém da formação do constitucionalismo norte-americano: vivemos sob uma Constituição, mas o que é a Constituição? Nada além do que os juízes dizem que ela é!

Já a solução negociada, conciliada, mediada, está eticamente situada num estágio superior. A parte efetivamente *participa* da construção do resultado final. Fala e ouve, sem constrangimento. Exerce um contraditório mais eficiente do que o conceituado tecnicamente como *par conditio* ou igual oportunidade de argumentação. É o exercício do *estar no lugar do outro, compreender o ponto de vista alheio*, inteirar-se da visão adversa. Ao transigir, o autor ou réu não se sentirá constrangido, mas sentir-se-á efetivo partícipe na confecção do remate conclusivo. Não foi *a vontade do Estado* que prevaleceu, mas foi *a sua vontade*.

Sob a ótica ética, a decisão judicial é *heterônoma* à vontade dos envolvidos. Já a solução conciliada ou negociada é *autônoma* e, portanto, mais ética do que a primeira.

Isso deveria ser levado em conta no redesenho da Justiça brasileira. Ainda não se produziu a *profunda reforma estrutural* do Poder Judiciário, nem se analisou, em espessura compatível com o grau problemático da questão, o efeito perverso dessa aparente saudável ampliação do acesso ao Judiciário: a consolidação de uma sociedade puerilizada, tutelada, monitorada, incapaz de exercer com autonomia a sua vontade.

O *acesso à Justiça* deve ser concebido como *acesso a uma ordem jurídica justa*. Participação no processo de elaboração normativa. Exercício de fiscalização permanente do funcionamento do Estado, para que a *vontade constitucional* seja efetivamente cumprida. Instrumentos não faltam para isso. Mencione-se, como exemplo, a norma constitucional que legitima *qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato a denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União*²⁴. Regra que, por simetria, se aplica aos Estados e Municípios²⁵.

Não há prenúncios alvissareiros no horizonte do Judiciário brasileiro.

Parece predominar a visão arcaica de que os problemas atinentes à Justiça residam na insuficiência crônica de orçamento, de quadros pessoais, algo que seria solucionado com

²⁴ Parágrafo 2º do artigo 74 da Constituição da República.

²⁵ Artigo 75 da Constituição da República.

pesados investimentos rumo ao crescimento vegetativo da Instituição. Nada indica prevaleça a tônica do aprimoramento técnico, no incremento da produtividade, na utilização mais efetiva das TCIs ou no exercício da criatividade, da inovação e do empreendedorismo para surpreender com respostas pioneiras os desafios emergentes.

A feição corporativista mantém sua ojeriza a enxugamento, a revisão conceitual, à mudança efetiva de rumos. A cada passo em direção à redução de instâncias, à simplificação de procedimentos, à adoção de alternativas ao processo judicial, surgem as vozes alarmistas propalando retrocessos catastróficos.

Nada obstante, dia chegará em que o sistema, hoje saturado, mergulhará num caos sem retorno. Assim como já está a acontecer com o trânsito, numa cultura do automóvel particular, em detrimento do transporte público, as soluções serão traumáticas. Quem pode já escapa à rede insustentável do Judiciário. Grandes capitais não podem se submeter ao tempo da Justiça convencional, a menos que pretendam instrumentalizá-la a seus interesses, quando o objetivo é procrastinar, indefinidamente, o momento de honrar as obrigações assumidas.

Setores que não se servem do Judiciário experimentam uma realidade provida de sensatez, em que o acordo atende, satisfatoriamente, às suas necessidades. Um dos exemplos é o das Bolsas de Valores, que não poderiam se subordinar à lentidão do Judiciário. Crescem as Câmaras Arbitrais, o interesse de alguns setores pela prática conciliatória, embora contem com a resistência dos retrógrados²⁶.

O paradoxal é que o Código de Ética e Disciplina da Advocacia erige como deveres do advogado, *estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios e aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial*²⁷. Mas os advogados são fruto da formação jurídica e a Escola de Direito pouco mudou desde a sua instalação em 1827. D. Pedro I, interessado na formação de uma burocracia nativa para o nascente império, foi buscar o modelo coimbrão, já datado de um milênio, pois inspirado nas primeiras Universidades europeias, notadamente Bolonha. O ensino jurídico preserva aulas

²⁶ A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento 17/2013, permitindo que as delegações extrajudiciais - os antigos "cartórios" - realizassem conciliação. A OAB impugnou a medida junto ao CNJ e o representante da própria OAB suspendeu a vigência do ato normativo. Só que os notários já têm atribuição legal para tanto: o inciso I do artigo 6º da Lei 8935/94, dispõe expressamente que cabe ao tabelião formalizar a vontade das partes. Se a vontade das partes for celebrar um ajuste, o notário tem a obrigação de promover a conciliação e dar-lhe forma e exteriorização jurídica.

²⁷ Incisos VI e VII do parágrafo único do artigo 2º do Código de Ética e Disciplina editado pelo Conselho Federal da OAB, em 13.2.1995.

prelecionais, disciplinas compartimentadas e a exclusiva opção pela resolução processual dos conflitos. Desde o primeiro semestre, o futuro bacharel quer aprender a elaborar peças para litigar na Justiça convencional.

Restritas iniciativas da lucidez propiciam uma discussão mais ampla do grave problema. Dois projetos de lei recentemente oferecidos ao Senado poderiam colaborar para mitigar o invencível acúmulo de processos do Judiciário brasileiro. Um deles cria marco legal para a mediação extrajudicial. Antes de ingressar em juízo, as partes escolhem mediador imparcial para orientá-las a obter um acordo. Muitas das questões que hoje não precisariam estar submetidas a um juiz, poderão ser solucionadas a custo menor e, principalmente, em tempo razoável.

O outro é o aperfeiçoamento da arbitragem, existente desde 1996 e mais utilizada em grandes questões. O projeto de lei amplia as hipóteses de utilização e permite sua utilização em contratos com a Administração Pública, assim como se propõe em relação à mediação extrajudicial. Para o editorialista da FSP, *"em suas variadas representações e esferas, o Estado brasileiro é parte em nada menos que 51% dos casos nos tribunais do país. Tentativas de desafogar o Judiciário que não levem em consideração esse aspecto dificilmente alcançarão o sucesso pretendido"*²⁸.

Constata-se um desalentador patinar sobre as mesmas velhas respostas para os mesmos antigos problemas. Criar tribunais, criar Varas, multiplicar os cargos. Pouquíssimas as vozes corajosas para denunciar a

*"premência em se rever e reavaliar a função judicial no Estado brasileiro, expungindo-a dos excessos que com o tempo se lhe foram agregando, em boa parte por conta de uma percepção ufanista e irrealista do acesso à justiça, usualmente ubicado, à outrance, no artigo 5º, XXXV da Constituição. Esta leitura exacerbada, à força de ser repercutida sem a devida massa crítica, acabou difundida e até dogmatizada, resultando num incentivo à litigiosidade e na corolária sobrecarga de processos, levando o caos ao serviço judiciário estatal"*²⁹.

O ambiente judicial parece sombrio, tantas e tão justificadas as queixas daqueles que padecem à espera de uma decisão que não vem. E quando vem, não raro é meramente

²⁸ Editorial *Desafogar o Judiciário*, Folha de São Paulo de 2.XI.2013, p.A2.

²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito*, São Paulo: RT, 2009, p.33.

processual. Não enfrentou o verdadeiro núcleo da controvérsia. Esta remanesce e, também frequentemente, se agudiza.

Urge que as pessoas sensíveis, de todas as áreas, se devotem a resgatar "*a face diurna do direito, aquela que olha para o lado do futuro. Face que, mesmo sendo mais iluminada que a noturna, lado do passado, nem por isso é menos misteriosa. Enfim, pois, a este futuro, como lhe dar consistência?*"³⁰.

Conferir consistência ao futuro, mediante a construção de uma cidadania proativa, capaz de solucionar os problemas simples sem a intervenção heterônoma do Estado-juiz, mas a partir de sua maturidade e competência dialógica, é a missão de que se deveriam desincumbir os *homens de boa vontade* neste ambíguo e turbulento início de um novo século e de um novo milênio.

³⁰ OST, François, *O tempo do Direito*, Bauru: EDUSC, 2005, p.199.

A AVALIAÇÃO DOS CURSOS DE DIREITO E OS RESULTADOS DO ENADE: CONTROVÉRSIAS E DESAFIOS

Lucia Helena de Andrade Gomes¹

Atualmente, em nosso país, vivenciamos, sobretudo na educação, momentos difíceis e preocupantes. A criação desmesurada de cursos, a mercantilização do ensino, o despreparo de alguns profissionais e a má formação dos alunos contribuem para solidificar o caos pedagógico.

Lamentavelmente, o aumento indiscriminado gerou cursos com baixa qualidade de ensino, propiciando a formação de profissionais despreparados para o mercado de trabalho.

Nos últimas décadas, houve uma explosão no número de faculdades. Os dados do INEP indicam a existência de 1300 instituições, que incluem o curso de Direito e Ciências Jurídicas entre as opções de graduação.

A ampliação do número de faculdades abertas inaugurou o ensino descomprometido com a educação e, conseqüentemente, com a sociedade, de forma mais ampla.

Esse aumento descomunal não veio acompanhado da qualidade de ensino e aprendizagem, mas de conquistas mercantilistas, (de)formando profissionais para participarem de um mercado de trabalho diretamente vinculado ao exercício da democracia, da efetivação do Direito, da busca da equidade e da justiça.

Ressaltamos que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, artigo 209, assegura:

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

¹ Advogada, professora e escritora. Mestre em Psicologia da Educação e Doutora em Educação: Currículo (PUC/SP). Professora e coordenadora de monografias jurídicas do curso de Direito UNIANCHIETA.

II – autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.

Nessa esteira, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) no art. 46, estabelece:

Art. 46. A autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação.

O Ministério da Educação preocupado com a qualidade da aprendizagem dos universitários instituiu o Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior — SINAES (Lei nº. 10.861, de 14 de abril de 2004)¹ que integra as seguintes modalidades de instrumentos de avaliação, aplicados em diferentes momentos: Avaliação Institucional; Auto-avaliação de curso; Avaliação externa; e o ENADE. O ENADE tem como objetivo aferir o desempenho dos estudantes em relação aos conteúdos programáticos previstos nas diretrizes curriculares do referido curso, às suas habilidades para ajustamento às exigências decorrentes da evolução do conhecimento e às suas competências para compreender temas exteriores ao âmbito específico de sua profissão, neste caso os futuros operadores do Direito. A nota final do curso depende de três variáveis:

- o desempenho dos alunos concluintes no componente específico;
- o desempenho dos alunos ingressantes no componente específico e
- o desempenho dos alunos concluintes e ingressantes na formação geral.

A essas três variáveis são atribuídos os seguintes pesos, respectivamente: 60%, 15% e 25%.

Com muita propriedade RISTOFF e GIOLO (2006) elucidam que o ENADE difere-se do antigo exame, popularmente conhecido como “provão”. Um curso de Direito não pode ser julgado como um curso com baixa qualidade, se avaliado apenas pelo resultado do desempenho de seus alunos na prova do ENADE. Para avaliar um curso, faz-se necessário, múltiplos olhares que contemplem o projeto pedagógico da instituição, o valor de conhecimento agregado aos alunos durante o curso, a formação dos docentes, a atuação do coordenador pedagógico, a matriz curricular, a produção científica produzida por alunos e professores, os projetos de extensão, núcleo de práticas jurídicas, atividades complementares e outros. Neste sentido, RISTOFF e GIOLLO (2006, p.955) manifestam-se:

O Enade, diferentemente do provão, não dá conceito de curso. O conceito do curso vem da avaliação in loco feita por comissões de especialistas nas áreas. Seria injusto dar conceito aos cursos a partir do Enade, até porque, como todos os exames de larga escala, ele está centrado em norma e não em critérios, e isso significa que, exclusivamente, pelo Enade é impossível dizer se um curso é bom ou ruim. Tudo o que sabemos é se os seus alunos tiveram desempenho melhor ou pior na prova. Para muitos, essa é uma distinção “academicista” e fina demais. Na verdade, ela é crucial. É a avaliação in loco que corrige este problema. Diferentemente do Enade, a avaliação in loco está baseada em critérios e estes levam em conta a história do curso, O projeto pedagógico específico do curso, os objetivos pretendidos e as características locais. Cada indicador é avaliado pelos especialistas à luz de critérios previamente definidos no instrumento de avaliação e, assim, o efeito relacional perde relevância. Um curso pode, pois, ter alunos com desempenho baixo no Enade, mas contribuir muito mais com o seu crescimento do que outro curso que recebe alunos muito bons e que não consegue motivá-los suficientemente, independente de onde esteja geograficamente localizado. O Enade não é, convém repetir, a avaliação do curso. (grifo nosso)

Cumpre-nos assinalar, portanto, a necessidade imperiosa de agirmos com cautela, para não incorreremos no risco de colocar em xeque uma instituição, que apresente problemas localizados na avaliação do ENADE, com perspectivas de solução

plausível a curto e médio prazo. Outro aspecto preocupante é a divulgação destes resultados, utilizados pela mídia para propagar a todos os cantos, o 'encanto' desta ou daquela instituição. O uso dos resultados como instrumento de *marketing*, descaracteriza o caráter de avaliação formativa do SINAES, como proposta de melhorar o ensino-aprendizagem dos cursos superiores. Vale pontuar ainda, como contradição a dicotomia entre a nota do ENADE e o histórico acadêmico do graduando. A nota não tem reflexo no histórico do aluno, independente do desempenho, ao aluno não haverá qualquer prejuízo ou benefício. Este estado de isenção de responsabilidades pode gerar resultados inverossímeis, com graves prejuízos para o curso. Podemos constatar em alguns cursos, que o mesmo grupo de alunos obteve uma avaliação baixa no ENADE e um bom índice de aprovação no Exame de Ordem! No primeiro, os graduandos não tinham qualquer compromisso com a prova, já no segundo não mediram esforços para atingir a meta: ingressar na O.A.B., aprovação essencial para o exercício da advocacia. Uma proposta viável para solucionar a questão é a aferição da nota do aluno, no histórico escolar, para que realizem o exame comprometidos com o desempenho na avaliação.

A avaliação proposta pelo MEC deve contribuir para o nosso ofício como instrumento de avaliação formativa, indicadora de metas e redirecionamento da proposta pedagógica, visando à melhoria da qualidade acadêmico-pedagógica. A prática da avaliação como processo permanente é instrumento de construção e/ou consolidação de uma cultura de avaliação no curso de Direito. A avaliação como instrumento de controle, de cerceamento à liberdade, resgata um passado que não desejamos retomar.

O desafio posto, portanto, da cultura avaliativa, nos parece ser em primeiro lugar o da própria concepção de avaliação.

Como demonstra Abramowicz (2006), a partir da implementação das diferentes modalidades de avaliação na década de 90 (SAEB, ENEM, ENC) e hoje o ENADE, inicia-se um processo de avaliação educacional, cujo objetivo principal seria o de fomentar as tomadas de decisão na esfera das políticas públicas.

Temos uma longa trajetória a percorrer, para que possamos trilhar passos que elucidem e fortaleçam a avaliação formativa. É imperioso estabelecer um diálogo franco e construtivo entre todos os interessados no aprimoramento do ensino jurídico: o MEC,

através de seus representantes e avaliadores, a O.A. B, pela Comissão de Ensino Jurídico e as Instituições (públicas e privadas) representadas pelas Comunidades Acadêmicas, para que os pressupostos de uma cultura de avaliação institucional coletiva, participativa, permanente, ativa e reflexiva possam ser consolidados. A auto avaliação institucional fortalecida pelas Comissões Próprias de Avaliação somadas a um trabalho coletivo pedagógico irão contextualizar e relativizar os resultados do ENADE.

Acreditamos que o diálogo e a mediação propiciarão o êxito no aprimoramento dos cursos de Direito, ensejado por todos os educadores e bacharelados. Trata-se de um divisor de águas: um marco essencial para a avaliação dos cursos de Direito, uma possibilidade de refletir coletivamente e de forma participativa os aspectos político-pedagógicos em busca da melhoria da aprendizagem. Afinal, somos todos aprendizes e a avaliação formativa em nossa trajetória, é um processo contínuo, investigativo, contraditório e transformador. Temos um longo caminho a percorrer, desmistificar as controvérsias e enfrentar os desafios na práxis educativa.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABRAMOWICZ, Mere – “O uso dos resultados da avaliação – ampliando o debate” In: **ALBUQUERQUE**, T.S. et al. – Currículo e Avaliação: um articulação. Textos e contextos. Recife: Centro Paulo Freire, Ed. Bagaço, 2006. pp 243-260.

ANDRADE GOMES, Lúcia H. O desencadear do processo de construção de um Projeto Pedagógico Participativo em um curso de direito: avanços e desafios. Tese defendida na PUC, São Paulo, 2006.

ANDRADE GOMES, Lúcia H e **STANO**, Rita de Cássia M.T. A avaliação como mediação do projeto político institucional: discutindo o curso de Direito. In: Currículo e avaliação: movimento das políticas públicas no ensino superior. Curitiba: CRV, 2010- Série Currículo questões atuais. Vol. 2, p. 83-94.

ANDRADE GOMES, Lúcia H, **PEREIRA** F.Alves e **RAMIRES**, Regina Rizzo. Repercussão dos resultados do ENADE nas IES. In: Currículo e avaliação: movimento

das políticas públicas no ensino superior. Curitiba: CRV, 2010- Série Currículo questões atuais. VOL 1, P.99-107.

GLAYDES Beatriz Barreyro e Rothen, José Carlos. SINAES Contraditórios: Considerações sobre a elaboração e implantação do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior. *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 27, n. 96 - Especial, p. 955-977, out. 2006, p. 955. Disponível em <<http://www.cedes.unicamp.br>> Acesso aos 10-10-2010.

Lei nº. 10.861, de 14 de abril de 2004 e regulamentado pela portaria do MEC n.º.051 de 09 de julho de 2004.

RISTOFF Dilvo. e GIOLO Jaime O Sinaes como Sistema. *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 27, n. 96 - Especial, p. 955-977, out. 2006. Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br> Acesso aos 10-10-2010.

DEFENDER OS DIREITOS HUMANOS É LUTAR PELO DIREITO DAS PESSOAS A UMA VIDA DIGNA

João Carlos José Martinelli¹

Os direitos humanos nascem com a própria humanidade, encontram-se presentes na história do ser humano e sofrem evolução de acordo com cada época. Atualmente, constata-se a existência, também nas Constituições de vários países, da declaração de direitos humanos e dos instrumentos para garanti-los ou protegê-los. Assim, o seu alcance é muito grande, não se restringindo apenas a bandidos quando agredidos, como equivocadamente alguns elementos da mídia costumam proclamar. Representam o atendimento de todas as necessidades do ser humano para que possam alcançar uma vida digna.

Comemora-se a 10 de dezembro de 2013 o 65.º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos cuja proclamação foi uma resposta da humanidade à traumática experiência dos totalitarismos que macularam a primeira metade do século passado. Depois da Segunda Guerra Mundial, sobretudo com a constatação dos crimes nazistas, passou a ganhar força entre grandes lideranças da comunidade internacional a idéia de que o respeito à dignidade humana deveria estar acima da simples soberania dos Estados. Assim, com a finalidade de garantir os direitos de cada pessoa e preservar a paz entre os povos, as principais nações da Terra, que fazem parte da Organização das Nações Unidas aprovaram o documento no dia 10 de dezembro de 1948, com o objetivo de servir como base às leis de cada país. Ele é constituído de trinta artigos que garantem a todos os indivíduos, independentemente de raça, credo e cor, as suas liberdades fundamentais como ser humano.

Aprovada como simples declaração e não como resolução, passou a ser considerada o verdadeiro código de princípios de observância compulsória, tendo se transformado, em princípio geral de direito internacional com caráter “jus cogens”, cuja violação comporta condenação internacional, com aplicação de sanções pela comunidade internacional organizada na ONU. Tanto que para o jurista Hélio Bicudo,

¹ João Carlos José Martinelli é advogado, escritor, jornalista e professor no Centro Universitário Padre Anchieta – Unianchieta/ Jundiaí – SP. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. É vice-presidente da Academia Jundiaiense de Letras e da Academia Jundiaiense de Letras Jurídicas. Recebeu o prêmio nacional Quality Golden de Direitos Humanos em 2011.

“hoje, a pessoa é o verdadeiro sujeito do direito internacional dos direitos humanos; por conseguinte, a sua proteção deve ir além das fronteiras do Estado” (1).

É por isso que nesta data também se comemora o DIA DOS DIREITOS HUMANOS, de manifesta importância, posto que, leva-nos a refletir sobre essa questão. Por serem entendidos modernamente como aqueles direitos fundamentais que o homem possui por sua própria natureza e que por isso, não resultam de uma concessão do Estado, que tem obrigação isto sim, de consagrá-los e garanti-los, eles nascem com a própria humanidade, encontram-se presentes na história do ser humano e sofrem evolução de acordo com cada época.

Nessa trilha, cite-se o conceito exposto por Júlio Marino de Carvalho: “direitos humanos são aqueles direitos inerentes à pessoa humana, que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado em geral, de forma a limitar os poderes das autoridades, garantindo assim, o bem-estar através da igualdade, fraternidade e da proibição de qualquer espécie de discriminação” (2)

A extensão dos direitos humanos nem sempre é entendida, pois, equivocadamente, muitos leigos acreditam que eles só valem para infratores ou delinquentes. No entanto, compreendem: os direitos individuais fundamentais (relativos à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à vida); os direitos sociais (relativos à educação, ao trabalho, ao lazer, à seguridade social, entre outros); os direitos econômicos (relativos ao pleno emprego, meio ambiente e consumidor); e os direitos políticos (relativos às formas de realização da soberania popular).

Assim, todas as pessoas do planeta, pela simples condição de terem nascido com vida, têm igual titularidade sobre esses direitos que devem ser protegidos através do respeito irrestrito à dignidade da pessoa e do amplo acesso à Justiça. Por sua abrangência e relevância, muitos juristas sustentam que as finalidades mais importantes da Constituição consistem na proteção e promoção dos mesmos. O saudoso Papa João Paulo II se expressou da seguinte maneira: “Só quando uma cultura dos direitos humanos, respeitadora das diversas tradições, tornar-se parte integrante do patrimônio moral da humanidade é que será possível olhar com serena confiança no futuro” (3)

Que o Dia dos Direitos Humanos nos inspire a refletir sobre esses aspectos e a abraçar a tarefa a ser executada pelo Brasil da cidadania, que agora começamos a

formar. Com efeito, os direitos humanos são concebidos exatamente para e em função do ser humano. Este por sua vez, pressupõe-se, é criado por amor e à felicidade, tendo, em consequência, direito às condições necessárias para lograr seu desenvolvimento. O bem comum se identifica como a associação de circunstâncias que permitem aos indivíduos alcançarem a perfeição. Para que eles prevaleçam, precisamos, com atos e ações, resgatar os princípios de solidariedade e de fraternidade para reduzirmos as diferenças entre as pessoas, eliminarmos a violência e buscarmos uma convivência harmoniosa em comunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) “Folha de São Paulo”- 04.01.99- A.3.
- (2) “Os direitos humanos no Tempo e no Espaço”. 1^a. ed. Brasília Jurídica, 1998, p. 47.
- (3) Revista Família Cristã, editorial, 01/2000, p. 3

A IMPRESCINDIBILIDADE DO ADVOGADO NA ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESA

Mauro Alves de Araujo¹

A Constituição Federal completou no último sábado, dia 05 de outubro, 25 anos, e quando entrou em vigor trouxe uma alegria especial à classe dos advogados, com a garantia constitucional de imprescindibilidade dos advogados à administração da justiça, conforme se observa no artigo 133 de nossa Constituição cidadã.

Não acredito que a euforia deveria ser tanta por uma questão que em um povo culto e civilizado é implícito, não precisa ser assegurado na Carta Magna.

Mas é indiscutível que a presença de um advogado na administração de empresa deveria ser assegurada por lei, não como uma garantia de mercado a esses profissionais do Direito, mas sim como uma garantia a todos que direta ou indiretamente estão vinculados à empresa.

Isso porque, o que se observa diuturnamente são violações absurdas dos direitos das pessoas por parte das empresas, mormente os direitos trabalhistas, especialmente o direito a salário ajustado.

É sabido que o salário é tido como “sagrado” em nossa legislação, desde a Constituição Federal, passando pela trabalhista, civil e processual civil, diante da proteção que lhe é assegurada nestes diplomas legais. Especialmente a irredutibilidade.

Entretanto, o que se verifica é a total falta de competência dos que administram uma empresa quanto a esse direito trabalhista, que para muitos empregados, maioria, representa a única fonte de renda para o sustento da família, e, portanto, é tão esperado no dia do pagamento para liquidação de suas dívidas, e qual não é a surpresa no primeiro momento, e posterior decepção, quando se depara o empregado com a subtração indevida de parte do seu salário, o que representa uma redução indevida.

¹ Doutor em Direito Civil – PUC/SP e professor no Centro Universitário Padre Anchieta – Unianchieta/Jundiaí-SP.

Indevida a subtração por ser vedado qualquer desconto em salário que não os legais e autorizados, não se compreendendo nesses o desconto de “faltas” que o administrador de empresa entende existir quando uma exigência atribuída ao empregado, mas não ajustada previamente, e muito menos comunicada adequadamente, não é cumprida.

Olvidam-se os administradores de empresa que a maioria, senão a totalidade dos empregados de nível superior, “vestem” a camisa da empresa e não se importam de executarem tarefas além do acordado para o salário ajustado, sem qualquer remuneração extra por essas tarefas extras, porque acreditam na empresa e querem vê-las crescer, para que possam, igualmente, crescerem e se orgulharem de pertencerem aos quadros de colaboradores destas empresas.

Daí a decepção dos empregados, máxime esses que “vestem” a camisa da empresa, quando são surpreendidos, sem qualquer explicação anterior ou no momento, com os descontos indevidos.

Por isso a proposição do presente artigo, o advogado é imprescindível à administração de uma empresa, não podendo nem mesmo ser substituído por um bacharel em Direito, que não tem competência para orientar adequadamente na administração da empresa, pois se o tivesse, advogado seria, ainda que não para exercer a profissão.

Apenas com uma orientação adequada, por um profissional capacitado, a empresa não cometerá violação dos direitos das pessoas que direta ou indiretamente tratam com ela, mormente os seus empregados, violados em seus direitos trabalhistas.

É triste sugerir uma idéia dessa, quando o respeito ao direito deveria ser uma constante na vida das pessoas, especialmente quanto às pessoas jurídicas que são administradas por pessoas de nível superior. Mas, parece que apenas a lei prevendo regras de conduta não é o suficiente, as pessoas a quem são dirigidas essas leis precisam de uma orientação mais acurada e com penas mais rígidas a quando desrespeitam os direitos, mormente os trabalhistas.

Fica a idéia. Quem sabe um político apresente um projeto, ou um projeto de lei de iniciativa popular leve à concretização de mais um mecanismo de proteção do cidadão, especialmente o empregado.

BIBLIOGRAFIA

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. Ed. Saraiva, 28ª ed., 2013

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva, 8ª ed., 2013

PELUZO, Cezar. *Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência*. Ed. Manole, 7ª ed., 2013

JUNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. Ed. Revista dos Tribunais, 13ª ed., 2013

DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL: BREVES NOTAS

Teresa Mazzotini¹

Durante muito tempo o legislador viu no casamento a única forma de constituição de família, negando qualquer reconhecimento ou efeito jurídico às uniões livres, estáveis ou não. Todavia, em oposição a este dogma religioso, ou seja, às influências da Igreja Católica, a própria população passou, naturalmente, a constituir uniões sem casamento, levando, por derradeiro, a doutrina, a jurisprudência e o próprio legislador a reconhecer, inicialmente, os direitos dos concubinos para, mais tarde, os direitos dos companheiros.

Entretanto, à medida que os fatos sociais relativos à união estável foram se intensificando perante nossos tribunais, gradualmente os direitos dos companheiros consolidaram-se em fatos jurídicos, à semelhança dos direitos dos cônjuges, sendo o direito sucessório um exemplo de tal evolução.

Destaca-se que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, não pairavam dúvidas de que o convivente sobrevivente não era herdeiro.

A nova Carta Magna proclamou a união estável do homem e da mulher como entidade a ser protegida (artigo 226, § 3º). Contudo, não concedeu, de forma explícita, direitos sucessórios ao companheiro sobrevivente, cabendo aos tribunais, embasados na Súmula 380 do STF², promover a divisão do patrimônio obtido pelo esforço comum à semelhança da liquidação realizada em uma sociedade de fato.

A Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regulou o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, e a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou o art. 226, §3º, da Constituição Federal, reconheceu a união estável entre homem e mulher, como ainda, dentre outros direitos, assegurou o de herdar.

¹ Advogada; Especialista em Direito Processual Civil pela PUCCAMP; Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UNIANCHIETA); Professora no curso Definitivo.

² Súmula 380, STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Posteriormente, face à inclusão da matéria relativa à união estável no âmbito do Código Civil de 2002, em especial a atinente aos direitos sucessórios dos companheiros, restaram tacitamente revogadas as leis supracitadas - Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96, embora pesem opiniões isoladas em contrário no sentido de que tais normas não foram totalmente revogadas, quando o assunto versa sobre o direito real de habitação do companheiro sobrevivente.

O novo diploma não reconheceu o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, sujeitando-o a uma eventual desocupação compulsória do imóvel onde vivia com o finado companheiro. Em contrapartida, parte da doutrina e da jurisprudência sustenta a subsistência do art. 7º, da Lei 9.278/96, que atribui ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência familiar³.

A questão que traz maior polêmica, crítica e controvérsia acerca da sucessão do companheiro, é aquela atinente ao art. 1.790 do Código Civil, não só por se encontrar alocado equivocadamente nas disposições gerais do título referente ao direito das sucessões, como ainda, pela sua má redação.

Na verdade, o art. 1.790 do Código Civil deveria se encontrar alocado no capítulo da vocação hereditária, uma vez que dispõe a respeito da vocação hereditária, senão vejamos:

“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

Da redação do artigo supramencionado, extrai-se, em linhas gerais, que o dispositivo restringe ao companheiro sobrevivente somente o direito sobre os bens que tenham sido adquiridos onerosamente na constância da união estável; faz distinção entre

³ TJMG, AC 1.0514.06.020813-9/001, 9ª Câ. Cível, rel. Des. Tarcisio Martins Costa, DJEMG, 26-4-2008.

a concorrência do companheiro sobrevivente com filhos comuns e a com os filhos só do falecido; atribui ao companheiro sobrevivente, quando concorrer com descendentes somente do falecido, a metade que couber a cada um deles, e, ainda, se concorrer com herdeiros de outras classes (ascendentes e colaterais até o quarto grau) terá direito a um terço da herança.

Nota-se, ainda, que o dispositivo em comento não beneficia o companheiro sobrevivente com quinhão mínimo quando concorrer com os demais herdeiros, nem o inclui no rol dos herdeiros necessários, como fizeram os dispositivos relativos aos direitos do cônjuge sobrevivente.

Por outro lado, na falta de descendentes, ascendentes ou de colaterais, o companheiro sobrevivente poderá recolher a totalidade da herança.

Em virtude dos assuntos ora abordados, somos levados a acreditar que o *caput* do art. 1.970 do Código Civil urge ser modificado, de modo a permitir que o direito sucessório também seja assegurado aos conviventes que tenham contratado entre si regime de bens diverso daquele previsto na comunhão parcial.

Por fim, verifica-se que, muito embora o instituto da união estável tenha sofrido grandes evoluções e inserções jurídicas, a legislação ordinária em comento continuou atribuindo tratamento diverso aos direitos sucessórios do cônjuge e dos companheiros, uma vez que não beneficiou o companheiro sobrevivente com quinhão mínimo quando concorrer com os demais herdeiros; não o inclui no rol dos herdeiros necessários; e ainda, lhe atribuiu somente a participação nos bens adquiridos na constância da união estável, de modo que, se o falecido não tiver adquirido nenhum bem na constância da união estável, embora tenha deixado patrimônio vultoso formado anteriormente, nada herdará.

BIBLIOGRAFIA

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 7: direito das sucessões. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELOSO, Zeno. *Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0514.06.020813-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>

PROPRIEDADE DA TERRA E CORONELISMO NO BRASIL

Claudinei Coletti¹

Introdução

O Brasil é um país com um nível altíssimo de concentração de terras. O índice de Gini, que mede a concentração de terras no país, calculado a partir do Censo Agropecuário do IBGE, para o ano de 2006, era de 0,854 (em 1995 era de 0,856; em 1985, de 0,857). Esse índice varia de zero a um -- quanto mais próximo de um, mais concentrada a terra, e quanto mais próximo de zero, mais bem distribuída ela é.

Dois fatores fundamentais, a nosso ver, contribuem para esse quadro: em primeiro lugar, a forma originária de ocupação territorial do Brasil, que vem desde os primeiros tempos do Brasil-colônia e que privilegiou a apropriação de grandes latifúndios em detrimento das pequenas e médias propriedades agrícolas; em segundo lugar, o poder político dos grandes proprietários rurais, fenômeno político-social conhecido na bibliografia especializada como “coronelismo”. O fato de que uma verdadeira reforma agrária nunca foi realizada no Brasil é a expressão mais evidente desse excessivo poder político dos coronéis.

Nas décadas de 1950 e 60, a reforma agrária era vista como uma medida essencial ao desenvolvimento econômico brasileiro, à medida que desempenharia um papel fundamental no fortalecimento do mercado interno e na expansão da oferta de alimentos e matérias-primas para o setor urbano-industrial.

Entretanto, não obstante a importância econômica dada à reforma agrária naquele momento histórico, não houve governo com vontade ou condições políticas para realizá-la.

Se o Estado Novo e os governos do curto período democrático que o sucedeu (1945-64) não realizaram a reforma agrária, os governos militares (1964-1985) fizeram

¹ Doutor em Ciências Sociais e mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP e professor-titular do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, em Jundiá (SP).

menos ainda. Os militares promulgaram, em novembro de 1964, o Estatuto da Terra, mas, apesar do discurso oficial, a finalidade fundamental do Estatuto não era a desapropriação, mas sim o desenvolvimento da grande empresa rural, expressa nos chamados “complexos agroindustriais” (CAI’s).

No período da chamada redemocratização (1985 até hoje), tampouco a questão foi resolvida, apesar de ter sido colocada à mesa em vários momentos: no início do governo Sarney (1985-1989), por ocasião das discussões em torno do Plano Nacional de Reforma Agrária; no Congresso Constituinte, cujos trabalhos resultaram na Constituição Federal de 1988 e, principalmente a partir da década de 1980 pela emergência e atuação de um importante movimento de luta pela terra no Brasil: o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST).

Nossa intenção não é fazer uma análise de todo esse período histórico nem de todas as questões levantadas nos parágrafos anteriores. Nossos objetivos são mais modestos e se limitam a traçar um panorama histórico da apropriação da terra no Brasil -- com ênfase na Lei de Terras de 1850 --, analisar a questão do poder político dos grandes proprietários rurais, expresso no que se convencionou chamar de “coronelismo”, e estabelecer a relação entre o “coronelismo” e a ausência de reforma agrária no Brasil.²

As indagações que norteiam nossas reflexões são as seguintes: qual o papel do sistema de sesmarias na conformação do padrão latifundiário de ocupação do solo brasileiro, vigente até hoje? Qual o efetivo papel da Lei de Terras de 1850 na organização da propriedade da terra em nosso país? Qual a relação entre propriedade da terra, “coronelismo” e (ausência de) reforma agrária no Brasil?

A hipótese geral que tentaremos demonstrar é a de que a força política dos grandes proprietários rurais no interior do aparelho de Estado impediram que qualquer proposta mais efetiva de distribuição de terras fosse implementada no Brasil.

Pequeno histórico da apropriação territorial no Brasil até 1850.

² Analisamos mais aprofundada e detalhadamente essas questões em nossa tese de doutorado: COLETTI, Claudinei. A trajetória política do MST: da crise da ditadura ao período neoliberal. 2005. 299f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas-UNICAMP, Campinas (SP), 2005.

A propriedade da terra no Brasil, como dissemos, é uma das mais concentradas no mundo e essa realidade arrasta-se desde os tempos do Brasil-colônia até os dias atuais.

O Brasil-colônia constituiu-se, como sabemos, numa importante engrenagem do processo de acumulação primitiva do capital na Europa. Tratava-se, como alguns autores salientaram, de uma “colônia de exploração”, em contraposição às “colônias de povoamento”, das quais os Estados Unidos talvez sejam o melhor exemplo.³ O modelo de agricultura, aqui instalado nos primeiros séculos de colonização, tinha como objetivo fundamental abastecer o mercado europeu de produtos tipicamente tropicais, dos quais o açúcar é o melhor exemplo. E foi exatamente a expansão canavieira que determinou a forma de ocupação da colônia portuguesa nessa fase.

A produção açucareira organizou-se em torno da grande propriedade monocultora e escravista. Além disso, devido ao caráter extremamente rudimentar dos métodos agrícolas então utilizados – o arado, por exemplo, era muito pouco usado e os métodos de cultivo da terra eram muito parecidos aos dos indígenas --, havia um processo contínuo de esgotamento do solo, abandono das terras cansadas e apropriação de terras novas e virgens. Tratava-se, nesse sentido, de uma agricultura *extensiva*, *predatória* e com grande *mobilidade*, ou seja, sempre “faminta” de novas terras.

A abundância e disponibilidade de terras no Brasil-colônia decorriam, em primeiro lugar, da própria dimensão do território brasileiro, dividido, em 1534, em capitânicas hereditárias e, em 1549, transformadas em capitânicas da Coroa. Mas um outro fator contribuía para garantir tal disponibilidade: o trabalho escravo. Se tivesse ocorrido, em vez da utilização da mão-de-obra escrava, a transferência de trabalhadores livres para os novos territórios, a imensidão de terras disponíveis no Brasil faria com que eles se transformassem em pequenos produtores e produzissem para o próprio sustento, o que, decerto, inviabilizaria o funcionamento dos mecanismos do sistema colonial, baseado na monocultura de exportação e na grande propriedade de terra.⁴

A partir do século XVIII, disseminou-se no Brasil, como forma de apropriação territorial, a *posse* pura e simples. Feita de modo desordenado e espontâneo, essa

³ NOVAES, Fernando A. *Estrutura e dinâmica do antigo sistema colonial*. São Paulo: Brasiliense, 1998.

⁴ SILVA, Lígia Osório. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850*. Campinas (SP): Ed. da Unicamp, 1996, p. 25-27; NOVAES, Fernando A., op. cit., p. 84. Este último autor observa que foi Marx quem primeiro fizera tal observação.

medida fugia completamente do controle das autoridades coloniais. Convém ressaltar que, ao contrário do que se imagina, na maioria dos casos, não se tratava de pequenas posses, mas sim, do apossamento de grandes extensões de terra.⁵

O fim do regime de sesmarias ocorreu em julho de 1822. Mantida a possibilidade de apossamento puro e simples e também a escravidão, não havia uma forte razão para os proprietários rurais demarcarem e regularizarem as terras, uma vez que o padrão de produção agrícola estabelecido no Brasil desde o início, primitivo e predatório, extenuava rapidamente o solo e obrigava a incorporação contínua de novas terras. Contudo, como observa Lígia Osório Silva, não podemos atribuir ao sistema sesmarial toda a responsabilidade pelo caráter latifundiário de nossa estrutura agrária, porque, em 1822, quando foi extinto, “apenas uma parcela pequena do território brasileiro estava apropriada”.⁶

De 1822 a 1850, a posse foi a única forma de apropriação territorial. Em 1850, foi aprovada a famosa “Lei de Terras” que, como veremos, não será capaz de alterar o estado caótico de nossa estrutura fundiária.⁷

A Lei de Terras de 1850

As principais questões tratadas pela Lei de Terras de 1850 foram a regulamentação da propriedade da terra e a imigração. As terras devolutas, ou seja, retomadas pelo Estado, a partir dessa lei, só poderiam ser adquiridas através da compra. O produto da venda seria aplicado na medição e demarcação das próprias terras devolutas e na importação de colonos livres. A imigração, por outro lado, colocava-se como uma necessidade, tendo em vista a perspectiva de fim do trabalho escravo, anunciado em 1850, pela proibição do tráfico negreiro.

Por um lado, com a Lei de 1850, pretendia-se impedir o acesso à terra dos imigrantes pobres – proibição da posse – obrigando-os a trabalhar nas fazendas em substituição aos trabalhadores escravos, ou seja, a Lei de Terras era peça fundamental na transição do trabalho escravo para o trabalho livre no Brasil. Por outro lado, havia a

⁵ SILVA, Lígia Osório, op. cit., p. 59-62.

⁶ SILVA, Lígia Osório, op. cit., p. 74.

⁷ As observações que faremos a seguir sobre a Lei de Terras estão baseadas no trabalho, já citado, de Lígia Osório Silva, particularmente na sua segunda parte, “A Lei de Terras”, p. 117-225.

intenção de estabelecer os colonos com alguns recursos nas terras devolutas da Coroa, por meio da venda de lotes. O primeiro aspecto deveria contentar os fazendeiros, e o segundo angariar recursos para o Estado financiar a imigração. No centro desse processo, estava a demarcação das terras devolutas, a qual dependia, sob a óptica do governo imperial, da regularização da situação jurídica de todos os ocupantes de terras.

Ocorre que, ao estabelecer o preço dos lotes, o governo brasileiro impôs para as terras devolutas um preço maior do que o praticado nas transações particulares. Ainda que tal preço fosse menor do que o das terras dos EUA – outro foco importante de atração de imigrantes europeus -- a partir de 1850, houve uma tendência à baixa dos preços internacionais das terras e o governo brasileiro não a acompanhou. Como resultado, o Brasil nunca conseguiu transformar-se num pólo atraente para a chamada “imigração espontânea” – de colonos com alguns recursos --, os quais deveriam, como dissemos acima, pelo menos em tese, financiar a imigração regular de trabalhadores pobres para as fazendas, a partir da compra de terras devolutas.

Outro problema que travou os objetivos definidos pela Lei de 1850: em 1854, quando da regulamentação da lei, definiu-se que, *primeiramente*, haveria a medição e demarcação das terras particulares, por iniciativa dos próprios sesmeiros e posseiros, e às custas destes e, somente depois de realizada essa primeira etapa, é que haveria a demarcação das terras devolutas (sobrantes). Como, porém, a Lei de Terras não foi capaz de estancar o apossamento⁸, não havia o menor interesse dos “proprietários” em regularizar suas posses. “A apropriação ilegal de terras devolutas continuou desenfreadamente e o próprio governo imperial muitas vezes preferiu ignorar a política oficial de vendas e cedeu gratuitamente terras públicas.”⁹

Em suma, até o final do século XIX, a Lei de Terras, praticamente, não saíra do papel por duas razões principais: 1^a) o governo não tinha conseguido fazer um mapa, nem aproximado, das terras devolutas, porque não havia atingido o objetivo principal dele, que era a demarcação de todas as terras, particulares e públicas; 2^a) não havia sido

⁸ Pelo contrário, existiam brechas na Lei de 1850 que permitiam a continuidade da posse, não obstante a afirmação no seu artigo 1º de que as terras só seriam adquiridas por compra. Quanto às antigas posses, a Lei determinava que as realizadas até 1854 poderiam e deveriam ser regularizadas, mas era insuficiente para convencer os posseiros a fazê-lo. Esse prazo, aliás, foi prorrogado por inúmeras vezes, a primeira delas em 1873 e, depois, até o final da década de 1920.

⁹ Lígia Osório SILVA, Lígia Osório, op. cit., p. 180.

capaz de conter a ocupação de terras, e o apossamento, como dissemos, continuava sendo largamente praticado.

Após a abolição dos escravos e a proclamação da República, a Constituição de 1891 determinou que as terras devolutas passassem da esfera do governo federal para os Estados. Ora, na elaboração de suas legislações sobre a propriedade da terra, todos os estados acabaram baseando-se na Lei de Terras de 1850. Algumas “coincidências” nas legislações estaduais, então, puderam ser verificadas: em primeiro lugar, a adaptação da Lei de Terras aos interesses dos posseiros – os prazos para a legitimação das posses foram sendo alterados, em alguns estados, para até próximo de 1930, como, por exemplo, nos estados de São Paulo, Bahia, Minas Gerais, Pará, Santa Catarina e Ceará; em segundo lugar, a continuidade do processo de passagem de terras públicas para o domínio privado (gratuitamente, é óbvio), o que faz da República Velha um dos momentos de pico da formação dos grandes latifúndios no país; em terceiro lugar, a importância da participação ativa do chefe político local – o “coronel” – nesse processo de privatização das terras públicas.¹⁰

Com a Constituição de 1891, portanto, “abria-se ao poder local, oligárquico e coronelista, a possibilidade de legitimar suas ações de açambarcamento fundiário. Originava-se, desta forma, mais uma corrida em direção à formação de amplos domínios fundiários no país, reafirmando-se a ordem latifundiária”.¹¹

Enfim, em 1930, ou seja, cerca de 80 anos após a promulgação da Lei de Terras, o Estado ainda não detinha o controle sobre a propriedade da terra no Brasil: não lograra estancar o processo de apossamento das terras devolutas, não havia conseguido medi-las e demarcá-las, nem tampouco vendê-las em quantidade satisfatória.

A grilagem de terras, ou seja, a apropriação de terras devolutas por particulares, através da falsificação dos títulos de propriedade, foi pura e simplesmente um dos resultados mais frequentes desse processo caótico.

Como dissemos, há durante todo esse período um processo intenso de passagem das terras devolutas para o domínio privado, o qual ocorria sob a tutela social e política dos

¹⁰ SILVA, Lúcia Osório, op. cit. p. 252-253. A Constituição de 1891, em seu artigo 64, transferia as terras públicas para o patrimônio dos estados da federação, que passariam a legislar sobre o tema.

¹¹ LINHARES, Maria Yedda; SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. *Terra prometida: uma história da questão agrária no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 76.

“coronéis”. “Sendo os chefes políticos dos municípios, nada escapava ao seu controle na sua região”, isto é, “nada se fazia no município sem a sua anuência”.¹²

O “coronelismo”

A clássica análise do “coronelismo”, empreendida por Victor Nunes Leal, fornece-nos pistas valiosas para a compreensão desse fenômeno. Diz esse autor:

[...] concebemos o “coronelismo” como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado tem conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa. Por isso mesmo, o “coronelismo” é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras. Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil.¹³

Desse trecho sobressaem algumas questões fundamentais: a contraposição constante em nossa história entre o poder público e o poder privado; a estrutura agrária, assentada na grande propriedade, como a base do poder privado dos “coronéis”; e, não menos importante, a necessidade do *regime representativo* para que o compromisso coronelista pudesse se realizar, visto que o prestígio político do coronel estava diretamente relacionado à sua força eleitoral, vale dizer, à quantidade de “votos de cabresto” que tinha a sua disposição.

A privilegiada situação econômica e social de dono de terras colocava, sob sua dependência, um amplo contingente de trabalhadores rurais, inseridos em “relações de dominação e dependência pessoal”, os quais votavam segundo as conveniências e vontades de quem lhes garantia a subsistência. Em outras palavras, o “coronel” tinha a capacidade de manipulação do comportamento eleitoral das massas rurais que estavam sob sua tutela.

¹² Ibid., p. 263-264.

¹³ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 2.ed., São Paulo: Alfa-Ômega, 1975, p. 20. A primeira edição dessa obra é de 1949.

O compromisso coronelista, portanto, compunha-se de: “da parte dos chefes locais, incondicional apoio aos candidatos do oficialismo nas eleições estaduais e federais; da parte da situação estadual, carta-branca ao chefe local governista [...] em todos os assuntos relativos ao município”.¹⁴

Como observou Décio Saes, o coronel transforma-se, no plano eleitoral, em instrumento a serviço da “fração hegemônica” da classe dominante, ou, em caso de “incapacidade hegemônica”, quando nenhuma das frações chega a ter condições de definir a política econômica a seu favor, serve àquelas forças sociais que definem a política de Estado. Contribui, dessa forma, para a preservação do “bloco no poder”.¹⁵ Na Primeira República, por exemplo, os currais eleitorais, organizados pelos coronéis do interior do país, auxiliavam a burguesia cafeeira paulista -- burguesia comercial e urbana, envolvida na exportação e no financiamento da produção agrícola. Já na fase democrática, de 1945-1964, o coronelismo colocou-se a serviço das forças sociais pró-industrialização que controlavam o aparelho central do Estado. Ocorre que, pelo pagamento dos serviços eleitorais prestados, os coronéis pediram um preço elevadíssimo: *a intocabilidade da grande propriedade fundiária ao longo da industrialização capitalista*.¹⁶

Em outros termos, “essa composição – que permitiu a consolidação de um parque industrial e financeiro – teve como contrapartida a garantia do monopólio da terra e [...] o controle absoluto das populações rurais”.¹⁷ Essa constatação significa que a Revolução de 1930 não ousou alijar a “oligarquia” – definida a partir de duas

¹⁴ Ibid., p. 50.

¹⁵ O conceito de “bloco no poder” aqui utilizado é o definido por Nicos Poulantzas. De maneira geral, trata-se da unidade contraditória particular das frações da classe politicamente dominante, na sua relação com uma forma particular de Estado capitalista, e sob a hegemonia de uma dessas frações, ou seja, a unidade das frações da classe dominante, em torno de seu interesse geral expresso pelo Estado, não exclui o conflito entre essas frações. É hegemônica a classe ou fração que detém o controle da política de Estado, sendo capaz de definir a política econômica a seu favor. POULANTZAS, Nicos. *Poder Político e Classes Sociais*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 224-235.

¹⁶ SAES, Décio. Coronelismo e estado burguês: elementos para uma reinterpretação. In: *Estado e democracia: ensaios teóricos*. Campinas (SP): IFCH/Unicamp. (Coleção Trajetória 1), p. 75-119.

¹⁷ CAMARGO, Aspásia de Alcântara. A questão agrária: crise e poder e reformas de base (1930-1964). In: FAUSTO, Boris. *História geral da civilização Brasileira*. 2.ed., São Paulo: Difel, 1983, Tomo III – O Brasil Republicano, 3º v., p. 126. É óbvio que, em muitos momentos da história – messianismo, cangaço, Ligas Camponesas etc. – tal controle deixou de ser absoluto, mas isso, a nosso ver, não invalida a ideia como um todo.

referências fundamentais: o monopólio da terra e o controle do voto -- do centro de poder, nem a tornou incompatível com a direção industrializante então assumida pelo país.

Isto também explica, pelo menos em parte, a persistência, ao longo do tempo, do caráter latifundiário de nossa estrutura agrária e também o fato de nenhum governo, até o início dos anos 60, ter rompido o chamado “pacto agrário”, seja através de desapropriação e distribuição de terra, seja através da extensão da legislação social-trabalhista ao meio rural. Todas as propostas de reformulação agrária, desde o início da década de 1930, foram sendo continuamente rejeitadas e postergadas.

No início dos anos 30, por exemplo, o Clube 3 de outubro, tenentista, analisava, em seu programa, a questão agrária no Brasil à luz de ideias avançadas para a época -- propunha a extensão da legislação trabalhista às massas rurais, a redução ao mínimo possível de todas as formas de latifúndio, por meio a transferência direta de lotes de terras cultiváveis para o trabalhador agrícola, e afirmava a necessidade de a terra cumprir uma função social. Contudo, tais propostas, que poderiam abrir caminho para uma reforma ou revisão agrária já nos anos 30, foram rejeitadas pela Constituinte de 1934.¹⁸

A Constituição de 1946, por sua vez, determinava o pagamento das desapropriações por interesse social pelo prévio e justo valor em dinheiro, o que inviabilizava qualquer transformação efetiva na estrutura agrária brasileira. Em junho de 1947, o governo Dutra encaminhou ao Congresso Nacional mensagem, acompanhada de um projeto de Reforma Agrária, bastante moderado, de iniciativa do Ministério da Agricultura, mas tal projeto morreria nas mãos do deputado João Mangabeira, relator da matéria. Durante todo o 2º período Vargas (1950-54), as iniciativas de reformulação agrária pela via estatal e de extensão efetiva da legislação trabalhista ao campo foram retomadas, mas nunca passaram do plano retórico e sempre esbarraram na resistência conservadora do Congresso Nacional e nas próprias dificuldades, criadas pela Constituição de 1946, para a desapropriação por interesse social.¹⁹

¹⁸ Aspásia de Alcântara CAMARGO, op. cit. P.

¹⁹ Ibid.

No governo Kubitschek, o mesmo ocorreu: a proposta de uma política de reforma agrária, contida na mensagem presidencial, pronunciada no início de seu governo, foi abandonada logo em seguida, quando o governo negociou com a facção ruralista do Congresso uma posição de neutralidade diante do Programa de Metas, em troca da conservação das relações sociais no campo.²⁰

Já no curto governo de Jânio Quadros, quando parecia ocorrer uma reativação do campo político a favor da reforma agrária, e o próprio governo afirmava a necessidade premente dela, ao constituir, em abril de 1961, o “grupo de trabalho sobre o estatuto da terra”, com a Igreja Católica, a Ordem dos Advogados do Brasil, as Ligas Camponesas e o Instituto Brasileiro de Ação Democrática (IBAD), a proposta também não vingou, seja pela reação dos ruralistas através de entidades como a Confederação Rural Brasileira, seja pela reação da bancada do Partido Social Democrático no Congresso Nacional – o que indicava que o poder das forças tradicionais e conservadoras era muito maior do que o dos reformistas –, seja pelo próprio episódio da renúncia de Jânio Quadros em agosto de 1961.²¹

É somente no início dos anos 60, durante o governo Goulart, que esse “pacto agrário” é quebrado: primeiro, através da sindicalização rural e da extensão da legislação trabalhista ao campo – o Estatuto do Trabalhador Rural é de março de 1963; depois com a reforma agrária figurando no centro das chamadas “reformas de base”. Os objetivos do governo Goulart, com a sindicalização rural e com a extensão da legislação trabalhista ao campo, eram basicamente: 1º) restabelecer o controle político-social sobre as massas rurais e sobre a luta camponesa; 2º) trazer as massas rurais para a sua base de sustentação, em meio a uma situação de crise de seu governo.²²

Porém, essa estratégia desencadeou, como contrapartida, a oposição e a fúria dos proprietários de terra, transformando-os em ferrenhos inimigos do governo Goulart. Como observou Weffort:

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Analisamos essa questão, com detalhes, num outro trabalho em que tratamos da implantação da estrutura sindical oficial no campo. COLETTI, Claudinei. *A estrutura sindical no campo*. Campinas (SP): Editora da Unicamp: Centro de Memória-Unicamp, 1998, especialmente, no primeiro capítulo, “O sindicalismo oficial no campo: origem e expansão”.

[...] o desbordamento dos limites urbanos da manipulação das massas – com o início da mobilização das massas rurais – significava que se começara a deslocar um dos elementos básicos da estrutura de poder – a grande propriedade – o que jamais ousara fazer o populismo em qualquer dos seus momentos anteriores.²³

O resultado mais visível desses embates foi o golpe militar de abril de 1964.

Como podemos observar, apesar de a reforma agrária permear as propostas dos setores reformistas da sociedade brasileira, desde os anos 1930 até o início da década de 60, nunca passaria do plano das boas intenções.

CONCLUSÃO

Procuramos, ao longo deste trabalho, analisar duas questões: o processo de apropriação territorial no Brasil – até 1930 – e o poder político derivado da posse da grande propriedade rural, expresso pelo fenômeno político-social conhecido na literatura especializada como “coronelismo”. O pacto que se estabeleceu entre os sucessivos governos e o “coronelismo”, desde a República Velha até o golpe militar de 1964, impediu que se realizasse a reforma agrária no Brasil.

Esse quadro não se alterou nem com a ditadura militar (1964-85) nem com os governos que a sucederam (Sarney, Collor, Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Lula e Dilma), ainda que o antigo “coronel” tenha sido substituído, ao longo desse processo, pelos empresários rurais capitalistas – antes, na década de 1970, pelos proprietários dos complexos agroindustriais, hoje, pelos proprietários do agronegócio.

Nas décadas de 1990 e 2000, os governos Fernando Henrique Cardoso e Lula alardearam o assentamento de milhares e milhares de famílias de trabalhadores rurais sem-terra, a partir da desapropriação de milhares de hectares de terras arrecadadas para o que eles chamaram de “programa de reforma agrária”.

Há duas questões a serem observadas a esse respeito: em primeiro lugar, os assentamentos rurais foram realizados em resposta à pressão exercida pelos movimentos de luta pela terra, principalmente pela pressão do MST; em segundo lugar, assentamentos rurais e reforma agrária são coisas distintas. A reforma agrária caracteriza-se não só pela distribuição de terras aqui e acolá, mas pela quebra do poder

²³ WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. 3.ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 77.

dos latifundiários e dos grandes proprietários rurais, a partir de uma transformação geral da estrutura agrária do país, com a consequente alteração das relações sociais no campo e das relações de poder na sociedade. Os assentamentos rurais, por serem localizados e limitados geograficamente e politicamente não têm condições de cumprir tais funções.

REFERÊNCIAS

CAMARGO, Aspásia de Alcântara. A questão agrária: crise e poder e reformas de base (1930-1964). In: FAUSTO, Boris. *História geral da civilização Brasileira*. 2.ed., São Paulo: Difel, 1983, Tomo III – O Brasil Republicano, 3º v.

COLETTI, Claudinei. A trajetória política do MST: da crise da ditadura ao período neoliberal. 2005. 299f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas-UNICAMP, Campinas (SP), 2005.

_____. *A estrutura sindical no campo*. Campinas (SP): Editora da Unicamp: Centro de Memória-Unicamp, 1998.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 2.ed., São Paulo: Alfa-Ômega, 1975.

LINHARES, Maria Yedda; SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. *Terra prometida: uma história da questão agrária no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

NOVAES, Fernando A. *Estrutura e dinâmica do antigo sistema colonial*. São Paulo: Brasiliense, 1998.

POULANTZAS, Nicos. *Poder Político e Classes Sociais*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1986.

SAES, Décio. Coronelismo e estado burguês: elementos para uma reinterpretação. In: *Estado e democracia: ensaios teóricos*. Campinas (SP): IFCH/Unicamp. (Coleção Trajetória 1).

SILVA, Lígia Osório. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850*. Campinas (SP): Ed. da Unicamp, 1996.



WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. 3.ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986

O RECURSO NO PREGÃO

Simone Zanotello de Oliveira¹

INTRODUÇÃO

Primeiramente, temos que o recurso na modalidade pregão está disciplinado no art. 4º., incs. XVIII a XXI da Lei 10.520/2002², que regula a referida modalidade.

Na realidade, a legislação referente ao pregão trouxe apenas dispositivos específicos com relação ao recurso na etapa que vai desde o credenciamento até a declaração do vencedor, o que inclui o julgamento das propostas e a análise dos documentos de habilitação, e eventuais ações de anulação ou revogação nesse período.

No entanto, no que tange às demais ocorrências que poderão surgir no pregão, e na contratação decorrente, essas terão aplicação subsidiária da Lei de Licitações. Como exemplo, podemos citar a rescisão do respectivo contrato e a aplicação de penalidades de advertência ou de multa ao fornecedor, sendo que nesses casos caberá recurso hierárquico com fundamento no art. 109, I, da Lei Federal 8.666/93.

Pelo dispositivo constante da Lei 10.520/2002, verifica-se que uma das características do recurso no pregão é a sua fase única. Diferentemente das licitações realizadas nas demais modalidades, em que há uma possibilidade de recurso na fase de

¹ Advogada, Especialista em Administração Pública e em Direito Administrativo pela PUC-SP e Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela UniFMU-SP. Professora de Direito no Centro Universitário Padre Anchieta (UNIANCHIETA).

² Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...) XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

habilitação e outro no momento de julgamento das propostas pelo princípio da semi-concentração recursal³, no pregão essas fases agrupam-se, sendo possível o recurso contra todos os atos ocorridos desde a sessão de abertura (credenciamento) até o seu término (declaração do vencedor), não só para os casos relativos ao julgamento da proposta e da habilitação, como também para o desfazimento do certame durante essa etapa.

A existência de uma fase recursal una, em tese, não traz prejuízo à ação dos participantes, conforme nos ensina Vera Scarpinella:

*Este procedimento, apesar de diferente, não importa prejuízo às garantias da ampla defesa e do contraditório, tampouco ao princípio da revisibilidade dos atos administrativos. No pregão as decisões tomadas pelo pregoeiro durante a sessão têm eficácia imediata, sendo mesmo incabível o recurso contra elas fora da fase final da sessão, quando será possível o recurso contra todos os atos ocorridos desde a abertura da sessão.*⁴

Nessa mesma esteira, temos o entendimento de Marçal Justen Filho:

*O modelo adotado não infringe os princípios jurídicos pertinentes, desde que respeitadas certas precauções. Determinar que os recursos serão interpostos ao final do procedimento não equivale a suprimir a garantia de impugnação dos atos administrativos. Não significa negativa dos direitos à ampla defesa ou ao contraditório. Equivale, tão-somente, à concentração na etapa final do processo de todos os atos praticados anteriormente. Dito de outro modo, adotou-se sistemática peculiar acerca da preclusão. Como não há oportunidade de impugnação individualizada para cada ato administrativo, a faculdade de insurgência não preclui. O sujeito disporá da oportunidade ao final do processo para promover a revisão de todos os atos ocorridos a partir do recebimento das credenciais.*⁵

No entanto, há ponderações como a de Sérgio de Andréa Ferreira, no que tange à existência de desvantagem com relação a esse procedimento, em virtude da eventual necessidade de se retroceder a relação processual:

É certo, porém, que formas de postergação da oportunidade de exercício de direito de recorrer ou de retenção do recurso interposto (cf. Lei n.º 11.187,

³ Expressão utilizada por José Carlos Baroni, na obra **O pregão em perguntas e respostas**. Ribeirão Preto-SP, Editora IBRAP, 2006, p. 101.

⁴ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)**. São Paulo : Malheiros Editores, 2003, p. 158-9.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei Federal n.º. 10.520/02 e os Decretos Federais n.º.s 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2005, p. 151.

de 19.10.2005, que reformulou a sistemática do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias no processo civil, alterando o teor dos arts. 522, 523 e 527 do CPC), se são vistas, sob certo ângulo, como vantajosas, oferecem, de outro, o inconveniente de, uma vez provido o recurso, quando já se constituíram novas situações jurídicas – como, no caso, a enunciação do vencedor do certame -, fazerem com que a relação processual retroceda.⁶

Mas, em que pese essa ponderação, é fato que o recurso no pregão é *ex post* contra qualquer ato praticado até a proclamação do vencedor ou extinção do processo, imediatamente após o término da sessão pública, como forma de concretizar o princípio da celeridade que norteia essa modalidade. E, não obstante haja a eventual necessidade de retroceder a relação processual, tal ação, no nosso entender, ainda acaba por ser mais célere do que o recurso feito em etapas como ocorre com as demais modalidades. Ainda, segundo Marçal Justen Filho: “*A interposição do recurso ao final do procedimento não representa grande sacrifício de tempo, em caso de provimento da insurgência.*”⁷

Portanto, o licitante possui o direito de poder insurgir-se contra os atos do pregão com os quais discorde, não cabendo à Administração negar esse direito, sob o argumento de que as fases do procedimento tiveram uma conclusão e atingiu-se a busca da proposta mais vantajosa.

2. A INTENÇÃO DE RECURSO NO PREGÃO

A fase recursal do pregão, seja ele eletrônico ou presencial, inicia-se ao término da sessão, quando ocorre a declaração do vencedor por parte do pregoeiro, antes do ato de adjudicação. Trata-se de uma declaração divulgada na própria sessão pública, não havendo necessidade de publicação na imprensa oficial nos termos do § 1º. do art. 109, da Lei 8.666/93.

O direito recursal também tem início nas hipóteses de desfazimento do certame durante essa etapa, sem a enunciação de um vencedor, pois, nesse caso, o licitante poderá

⁶ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Fase Recursal. In: GASPARINI, Diogenes (Coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 185.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei Federal nº. 10.520/02 e os Decretos Federais nº.s 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2005, p. 152.

pleitear, via recurso, o prosseguimento do certame. Um exemplo dessa ocorrência pode se traduzir na decisão do pregoeiro que julgou todas as propostas apresentadas como inexecutáveis, promovendo a revogação do certame.

Sendo assim, a partir desses momentos qualquer licitante poderá apresentar uma “intenção de recurso”, oralmente, por escrito ou ainda com inserção no sistema no caso do pregão eletrônico, de forma sucinta, identificando o ato impugnado e o motivo de seu descontentamento, podendo se insurgir contra qualquer uma das ações do pregoeiro. Esse insurgimento, inclusive, vem abarcando atualmente ações com relação à aplicação da Lei Complementar 123/2006, nas questões de empate ficto, para micros e pequenas empresas.

Caso não haja interposição de recurso, o pregão terá seu prosseguimento por meio do ato de adjudicação, feito pelo próprio pregoeiro, na sessão pública. Trata-se de uma inovação no procedimento das licitações, visto esse ato de adjudicação ser de responsabilidade de um ator⁸ que conduziu e fez parte do certame. Conforme observa Jessé Torres Pereira Júnior:

*Os incs. XV a XVII do art. 4º. compõem um bloco de notáveis inovações no procedimento das licitações, no direito brasileiro, porque conferem ao condutor do procedimento as atribuições de: a) declarar o vencedor da competição e de adjudicar-lhe o objeto em disputa, se não houver interposição de recurso, ao passo que, nas modalidades tradicionais, a adjudicação é, como sempre foi, ato da autoridade externa e superior ao procedimento; (...)*⁹

Verificamos que a lei trouxe a expressão “intenção de recurso”, como se a fase recursal fosse constituída de etapas distintas. Nesse quesito, há uma impropriedade, conforme nos ensina Jair Eduardo Santana:

Não há ‘mera intenção de recurso’. E nem poderia haver. Trata-se de uma fase na qual o licitante ‘ou recorre ou não recorre’. Se recorre, apresenta imediatamente seus motivos e, posteriormente, suas razões. Mas jamais manifesta ‘simples intenção’ ao recurso. Por isso, o ‘ter intenção de

⁸ Expressão utilizada por Jair Eduardo Santana. (In: GASPARINI, Diogenes (Coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 373.)

⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Sessão Pública*. In: GASPARINI, Diogenes (Coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 113.

recorrer' é expressão que equivale a 'recorrer', com os contornos já explicados aqui.¹⁰

A mesma opinião é exarada por Marçal Justen Filho:

A insurgência verbal constitui-se em recurso. Quando o interessado manifestar sua discordância contra a decisão do pregoeiro, estará interpondo o recurso. Vale dizer, o recurso interpõe-se verbalmente. Assim o é porque a ausência de qualquer outra manifestação posterior do sujeito não prejudica o interessado.¹¹

Enfim, essa “intenção de recurso” significa o ato de “recorrer” propriamente dito, ou seja, já é a própria interposição do recurso, que contará, ainda que de forma resumida, com os respectivos fundamentos de fato e de direito que justificam a insatisfação.

3. O RECURSO NO PREGÃO PRESENCIAL E NO PREGÃO ELETRÔNICO

A forma de manifestar intenção de recurso trouxe particularidades diferenciadas para o pregão presencial e para o pregão eletrônico. Vejamos como os decretos trataram essa questão no âmbito federal, ao regulamentarem o artigo 4º., inciso XVIII da Lei 10.520/2002.

O Decreto Federal 3.555/2000, que regulamenta o pregão na forma presencial, trouxe o seguinte dispositivo:

*Art. 11 (...)
XVII - a manifestação da intenção de interpor recurso será feita no final da sessão, com registro em ata da síntese das suas razões, podendo os interessados juntar memoriais no prazo de três dias úteis;*

Com isso, em razão do princípio da oralidade que norteia o pregão, verifica-se a necessidade de manifestação verbal do licitante que deseja recorrer, motivando sua intenção, cujo registro sucinto fará parte da ata da sessão do pregão. No entanto, nada

¹⁰ SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle**. 2. ed., rev. e atual., nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar nº. 123/06). Belo Horizonte : Fórum, 2008, p. 319.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei Federal nº. 10.520/02 e os Decretos Federais nº.s 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2005, p. 154.

obsta que o licitante apresente essa intenção por escrito, desde que o faça naquele momento, sendo que esse documento deverá ser aceito pelo pregoeiro e fazer parte integrante da ata e do respectivo processo administrativo que cuida da licitação.

Salientamos que o licitante não deve se valer da ata para declinar as razões recursais, mas apenas para constar a decisão motivada do recurso, visto que essas razões terão prazo próprio para apresentação.

Já o Decreto Federal 5.450/2005, que regulamenta o pregão eletrônico, dispõe que:

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

Pelo dispositivo transcrito, temos que quando se trata de pregão sob a forma eletrônica, a intenção de recurso deve ser efetuada em campo próprio do sistema, o que pressupõe a utilização da internet e dos recursos de tecnologia da informação, por meio de ação do próprio licitante, não se admitindo outro local para que a manifestação materialize-se.

Essa manifestação imediata e motivada do licitante nos faz refletir sobre algumas questões, pois é fato que a lei deu tratamento idêntico ao pregão presencial e eletrônico com relação ao processamento dos recursos, e tal atuação torna-se inviável, pois poderá comprometer ou cercear o direito ao contraditório e à ampla defesa e, consequentemente, ao devido processo legal¹².

No que tange à manifestação “imediata”, primeiramente, com relação ao pregão presencial, para que seja concedido o prazo de recurso, há necessidade de uma disponibilização aos interessados para consulta, durante a sessão do pregão, tanto dos autos quanto das propostas e documentos que fizeram parte do certame, como forma de atendimento aos termos finais do art. 4º., inc. XVIII, da Lei 10.520/2002: “sendo-lhes

¹² Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, o devido processo legal refere-se à “necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. (In: **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 111.)

assegurada vista imediata dos autos.” Trata-se realmente de “*vistas*”, já que não há autorização para “*carga*” do processo, a exemplo do que ocorre na esfera judicial. Mas há possibilidade de extração de cópias que sejam de interesse do licitante que intente recorrer.

No que tange ao pregão eletrônico, o “*imediatismo*”, também encontra barreiras fáticas para a sua consecução. Não são raras as vezes em que o pregoeiro não poderá efetivar a “*declaração do vencedor*” na própria sessão do pregão, porque a habilitação é feita em momento posterior, após a sessão, daí um ou dois dias, pois o órgão não possui sistema automatizado de cadastramento de fornecedores, para verificações *on-line* das condições de habilitação do licitante. Nesse caso, o pregoeiro dependerá do envio da documentação física do licitante que ofertou o menor preço, por meio de fax, correio ou outros meios, efetuando uma verificação total ou parcialmente *off-line* dos requisitos de habilitação.

Diante dessa hipótese, como o licitante interessado poderá manifestar sua intenção de recurso se ele ainda não conhece os documentos de habilitação do licitante vencedor, bem como os eventuais documentos técnicos apresentados em razão da proposta (catálogos, planilhas detalhadas ou outros elementos necessários para a conclusão da análise)?

Preocupação essa já havia sido trazida por Sidney Bittencourt:

*Como seguir o rito ditado nos incisos mencionados sem tomar conhecimento do processo como um todo? O foro adequado para embates e contestações está nos autos. Por mais que a tela seja informativa, existem diversas situações no processo passíveis de recursos que, evidentemente, são desconhecidas.*¹³

Nessa esteira, entendemos que andou bem o Decreto Federal 5.450/2005, que substitui o termo “*vista imediata dos autos*”, constante da lei, por “*vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses*”.

Embora possa se discutir a legalidade de tal substituição, é fato que ela representa um pequeno avanço na forma de franquear o acesso à documentação no

¹³ BITTENCOURT, Sidney. **Pregão eletrônico : comentários ao Decreto n.º 3.697, de 21 de dezembro de 2000, considerando as regras da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002.** Rio de Janeiro : Temas & Idéias Editora, 2003, p. 102-3.

pregão eletrônico de maneira diversa, por meio do uso de recursos trazidos pela tecnologia da informação. Na maioria das vezes, o recurso é pautado em quesitos de classificação/desclassificação de propostas ou habilitação/inabilitação de licitantes, sendo desnecessária a utilização dos autos como um todo.

A corroborar tal entendimento, trazemos as conclusões de Jair Eduardo Santana:

Se, de um lado, é certo que o termo ‘elemento indispensável’ tem ‘amplitude normativa’, menos correto não é, de outra parte, que a fórmula adotada pelo Decreto n.º. 5.450/05 homenageia os princípios do pregão eletrônico. Assim, a celeridade, a economicidade, a eficiência, para não falar na própria efetivação dos direitos individuais do licitante.¹⁴

Na prática, temos visto que muitos regulamentos sobre o pregão eletrônico ainda não enfrentaram esse tema, razão pela qual, nesse ponto, e utilizando os recursos da tecnologia da informação, seria de suma importância a digitalização dos documentos essenciais do pregão, com a organização em arquivos eletrônicos, que permitissem uma disponibilização em ambiente de *website*, para acesso e *download* por parte dos interessados.

Ademais, para melhor ilustrar essa temática, trazemos as lições de Agustín Gordillo, no sentido de ser necessária a concessão da vista administrativa, com total acesso ao expediente, inclusive com a obtenção de cópias.¹⁵ (tradução livre)

E, segundo Ramón Parada, considerando a vista como um trâmite obrigatório do procedimento administrativo, tradicionalmente configurado como essencial e até sagrado por reiterada jurisprudência, que considera sua omissão como causa de nulidade se resultar na indefesa dos interessados.¹⁶ (tradução livre)

¹⁴ SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle**. 2. ed., rev. e atual., nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar n.º. 123/06). Belo Horizonte : Fórum, 2008, p. 321.

¹⁵ Texto original: “*En cambio, de lo que se trata en este otro tema de la “vista” administrativa es de cómo se realiza el acceso de la parte al expediente, independientemente de si tiene o no que contestar en algún plazo algo. Por cierto, cuando se otorga o dispone un traslado, éste subsume el necesario acceso de la parte al expediente. En ese caso el traslado o vista en sentido procesal incluye también la cuestión de la vista en materia administrativa o acceso al expediente, obtención de fotocopias, etc.*” (GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo, 4. tomo : El procedimiento administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte : Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. IV-4.)

¹⁶ Texto original: “*Es este un trámite obligado del procedimiento administrativo, tradicionalmente configurado como ‘esencialísimo y hasta sagrado’ por reiterada jurisprudencia, que considera su omisión como causa de nulidad en cuanto produce la indefensión de los interesados.*” (PARADA, Ramón. **Derecho administrativo I – Parte General**. 15. ed. Madrid : Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, p. 238.)

Portanto, é de uma evidência solar que o interessado possui direito de acesso a todos os documentos relevantes para o exercício de seu direito, exceto aqueles sigilosos por força legal. Caso haja obstáculos para esse acesso, o prazo recursal deverá ser devolvido ao interessado, sob pena nulidade do procedimento.

No entanto, até que as questões tecnológicas não suplantem a deficiência na forma de disponibilização de informações para o exercício dos direitos recursais no pregão eletrônico, permitimo-nos trazer a sugestão apontada por Ariosto Mila Peixoto:

O procedimento correto seria o seguinte:

Terminados os lances, a negociação e a habilitação, o pregoeiro declarará o vencedor do certame, momento em que deverá perguntar aos licitantes se desejam fazer uso do direito de vista a toda documentação no processo. Os licitantes, então, poderão:

*abrir mão desse direito já que não pretendem interpor recurso;
abrir mão desse direito já que a interposição do recurso refere-se às informações da proposta já informadas no sistema eletrônico; ou
fazer uso desse direito e examinar toda a documentação da licitação, para só então decidir sobre a viabilidade e a intenção de recorrer.*

No caso do licitante manifestar o interesse em realizar vista da documentação da licitação, o pregoeiro deverá suspender a sessão e franquear acesso irrestrito ao(s) interessado(s). Somente após esse prazo, o pregoeiro poderá reabrir a sessão eletrônica (mediante convocação) e, aí sim, dar oportunidade aos licitantes para que se pronunciem acerca do interesse na interposição de recurso.

Esse problema será resolvido, se a documentação de habilitação e proposta for escaneada e disponibilizada a todos os licitantes no sistema eletrônico do pregão.¹⁷

A princípio, essa solução até poderia passar uma sensação de que o processo do pregão eletrônico ficaria mais moroso e burocrático, afrontando o princípio da celeridade. Mas, independentemente desse pensamento, o que não poderá ocorrer é o cerceamento do direito ao contraditório¹⁸ e à ampla defesa. Sendo assim, enquanto essas questões não se regulamentam, o importante é lembrar que o recurso é um direito do licitante, assim como as demais ações dele decorrentes, o que inclui a vista aos autos ou aos elementos indispensáveis à defesa de interesses. Portanto, não basta conferir ao licitante o direito

¹⁷ PEIXOTO, Ariosto Mila. **Pregão presencial e eletrônico (comentários à Lei federal n. 10.520, de 17/07/2002 e legislação comparada)**. Campinas : Prime, 2006, p. 162-3.

¹⁸ Segundo Marcos Porta, o princípio do contraditório possui alguns desdobramentos: a) o princípio do acesso aos elementos do processo; b) a audiência do interessado; e c) a possibilidade de reagir. Esses princípios são garantidos pelo: a) princípio do administrador competente (natural); e b) princípio do administrador imparcial. (In: **Processo administrativo**. São Paulo : Quartier Latin, 2003, p. 117.)

ao recurso no pregão eletrônico, mas é preciso proporcionar a ele os meios efetivos para que ele possa exercer tal direito.

Ademais, restrições operacionais do pregão eletrônico jamais poderão colocar em suspeição o direito ao recurso. Para ilustrar essa questão, trazemos pronunciamento do Tribunal de Contas da União:

(...) 9.2.1. não admita que dificuldades operacionais ou relativas ao sistema eletrônico sirvam de justificativa para a não-adoção de providências necessárias à comunicação e ciência dos recorrentes sobre o resultado do julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas no âmbito do pregão, nem que os demais licitantes não tenham conhecimento delas ou da abertura de prazo para o oferecimento de contra-razões, tal como ocorrido nestes autos; 9.2.2. observe o disposto no art. 26 do Decreto 5.450/2005 quanto à necessidade de que a intenção de recurso seja registrada em campo próprio do sistema eletrônico de forma que, havendo tal impossibilidade, em razão de falhas no sistema, o procedimento deve ser suspenso até o restabelecimento de sua normalidade, salvo se a falha apontada não for confirmada pelo suporte operacional do Siasg/Comprasnet e for atribuída unicamente ao licitante.¹⁹

Por outro viés, é importante destacar que a eficácia do procedimento, em atendimento ao princípio da celeridade, jamais poderá colocar em risco o princípio da legalidade e a ideia de garantia, já que esses eventualmente podem entrar em colisão, conforme nos ensina Eduardo García de Enterría. Para ele, a eficácia tem que ser procurada sempre com estrito respeito aos valores constitucionais superiores, aos direitos fundamentais que esta reconhece e às próprias leis que concretizam as garantias que a proteção desses direitos reclama.²⁰ (tradução livre)

Marçal Justen Filho propõe solução diversa, no sentido de se permitir ao licitante que apresente sua intenção de recurso, mesmo que não esteja devidamente fundamentada, e

¹⁹ TCU, Acórdão 5.228/2007, 1ª. Câmara. Processo TC-025.432/2006-5. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti.

²⁰ Texto original: “*Conviene, no obstante, subrayar que, siendo, como es, plural la finalidad institucional del procedimiento administrativo, la idea de eficacia, a la que el principio de economía procesal se vincula ‘prima facie’, puede eventualmente entrar en colisión con la legalidad y la idea de garantía, colisión o enfrentamiento ante los cuales no deja de ser frecuente que se empeñen en situarnos los administradores y gobernantes de ayer y de hoy. Ante este (falso) dilema, hay que sostener, sin embargo, que la eficacia tiene que ser procurada siempre con estricto respeto a los valores superiores que la Constitución consagra, a los derechos fundamentales que ésta reconoce y a las propias Leyes que concretan las garantías que la protección de esos derechos reclama.*” (ENTERRÍA, Eduardo García de y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo II**. 9. ed. Madrid : Civitas Ediciones, 2004, p. 477.)

posteriormente, nos três dias que possuí para a apresentação de memoriais, examine os documentos e decida efetivamente por prosseguir ou não com o recurso:

Não é admissível impor a regra do exaurimento das razões recursais por ocasião do término da sessão da licitação. Essa previsão é compatível com a natureza do pregão comum, em que o licitante acompanha fisicamente as ocorrências e tem possibilidade de apurar eventuais defeitos na medida em que eles se concretizam. Como tal não ocorre no pregão eletrônico, o prazo recursal apenas pode iniciar seu curso após facultada ao interessado a oportunidade para examinar e rever os documentos de formalização do certame, com ampla possibilidade de acesso a todos os registros eletrônicos acerca dos eventos verificados. (...) Assim, é perfeitamente possível que o sujeito exteriorize a sua intenção de recorrer – porque, se omitir tal ressalva, lhe será vedado o recurso. Pode ocorrer que, em seguida, o sujeito examine a documentação e comprove a ausência de qualquer defeito. Nesse caso, não havendo a apresentação das “razões” recursais, deverá reputar-se que não houve o exercício da faculdade de recorrer. Havia a intenção, que não se traduziu na efetiva interposição do recurso.²¹

Permitimo-nos discordar dessa posição, elegendo a suspensão do pregão para vistas como a melhor forma de prover a fase recursal.

A redução no número de recursos é sempre uma das vantagens citadas para o pregão eletrônico. No município de Jundiaí, localizado no estado de São Paulo, por exemplo, de cinquenta pregões eletrônicos realizados no primeiro quadrimestre de 2009, apenas seis contaram com recursos (12%). Daí surge a questão, para a qual ainda não temos resposta: será que realmente essa redução no número de recursos é fruto da transparência que o sistema promove, ou apenas é resultado das questões fáticas que impossibilitam o devido acesso aos autos, conforme exposto, dificultando o exercício do direito? Algo a ser pesquisado.

Com relação à manifestação “motivada”, temos que essa está atrelada aos pressupostos recursais. No entanto, é fato que não é qualquer descontentamento do licitante que resultará no seu direito de interpor recurso, podendo a Administração rejeitá-lo, não promovendo seu conhecimento, caso não apresente um mínimo de motivação.

Em virtude disso, intenções recursais visivelmente protelatórias ou procrastinatórias, numa clara tentativa de tumultuar o certame, ou resultantes da reação psicológica de

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei Federal nº. 10.520/02 e os Decretos Federais nº.s 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2005, p. 314.

puro “descontentamento”, não merecerão acolhimento por parte do pregoeiro. É certo que esse juízo sempre deverá ser feito com muita cautela, bom senso, responsabilidade, razoabilidade, imparcialidade (já que a Administração julga e ao mesmo tempo é parte) e motivação por parte do pregoeiro, pois a recusa no acolhimento da intenção também poderá ser objeto de questionamento posterior, inclusive na esfera judicial.

4. OS PROCEDIMENTOS APÓS A INTENÇÃO DE RECURSO

Dando continuidade, a falta de manifestação imediata e motivada do licitante, nos termos do que foi exposto, importará a decadência do direito ao recurso e o pregoeiro já poderá adjudicar o objeto da licitação ao vencedor. Trata-se da aplicação do conceito do princípio “*dormientibus non succurrit jus*”.

Mas, exercida a faculdade do recurso, o recorrente terá o prazo de três dias para a apresentação, por escrito, das razões recursais. Trata-se do momento em que o licitante trará para o processo toda a argumentação que dará base ao seu inconformismo, podendo juntar memoriais.

Alerta-se que deverá haver uma compatibilização entre o que foi apresentado no momento da “intenção” e as razões apresentadas, para que o recurso possa ser analisado. No entanto, caso as razões apresentem fatos novos que venham a induzir a uma nulidade do processo, não restam dúvidas de que a Administração também deverá considerá-los, como forma de exercício de sua autotutela. Nos dizeres de Vera Scarpinella:

É evidente, no entanto, que eventuais nulidades alegadas nos recursos escritos, ainda que não tenham sido levantadas oralmente na própria sessão, deverão ser levadas em consideração pela Administração, que tem o dever de zelar pela legalidade administrativa, o que lhe impõe a obrigação de apurar os fatos e anular os atos contrários à lei.²²

Entendimento idêntico possui Marçal Justen Filho:

²² SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)**. São Paulo : Malheiros Editores, 2003, p. 160.

Suponha-se que o interessado fundamente seu recurso em determinado tópico e verifique, posteriormente, a existência de defeito de outra ordem. Não se poderia admitir a ausência de consonância entre a motivação invocada por ocasião da interposição e da apresentação do recurso. É evidente, porém, que o raciocínio não se aplica quando o recurso levantar, inovadoramente, questão que caracteriza nulidade absoluta. Como matéria dessa ordem tem de ser apreciada até mesmo de ofício, pela Administração, é irrelevante o momento em que se produzir sua apresentação.²³

Pela sistemática normativa, interposto o recurso no pregão, os demais licitantes terão o mesmo prazo de três dias para oferecer contrarrazões a esse recurso, caso desejarem. Trata-se do instituto da “impugnação” ao recurso interposto, já previsto na sistemática da Lei 8.666/93. A particularidade no pregão com relação às demais modalidades licitatórias, tanto na forma presencial quanto eletrônica, é que no primeiro a intimação para o exercício desse direito já se dá com a manifestação do interessado em recorrer, durante a sessão do pregão, não havendo intimações posteriores, após a apresentação do recurso, a exemplo do que ocorre com as demais modalidades. Portanto, os demais licitantes ficam desde logo intimados para apresentar contrarrazões, exercendo uma faculdade procedimental, sendo que o novo tríduo deverá ter sua contagem iniciada após o término do prazo de apresentação das razões. Para essa etapa, reforçamos nossas afirmações já efetuadas acerca da disponibilização dos autos ou de documentos de interesse aos demais licitantes, para o exercício do direito de impugnação.

No que tange ao prazo de três dias para recurso, e mais três dias para contrarrazões, verifica-se que o texto legal dispôs somente “três dias”, sem fazer menção se seriam “úteis” ou “corridos”, o que levaria a entender que se trataria de dias “corridos”. No entanto, o Decreto Federal 3.555/2000, que regulamenta o pregão presencial na esfera federal, em seu art. 11, inc. XVII, dispõe que esses três dias seriam “úteis”. Já o Decreto Federal 5.450/2005, que regulamenta o pregão eletrônico, retorna com a utilização da expressão três dias, não obstante os editais tragam o prazo em dias úteis. Outros regulamentos, como do estado de São Paulo, utilizam a expressão “três dias”, o que induz a que a contagem seja corrida. Por fim, o município de Jundiaí trabalha com três dias úteis.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei Federal nº. 10.520/02 e os Decretos Federais nº.s 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2005, p. 155.

Diante dessa celeuma, segundo alguns doutrinadores, a precaução com a celeridade no pregão deve fazer com que se estabeleça a contagem do recurso em dias corridos, e que inadvertidamente o regulamento federal do pregão presencial determinou a contagem em dias úteis. Nessa esteira, temos Sidney Bittencourt:

*Mais uma vez, infelizmente, o ato regulamentar excedeu na sua atribuição – dessa vez atrapalhando a celeridade procurada na nova modalidade – dilatando sem autorização o prazo recursal. É claro que os editais devem seguir a regra disposta na lei, desconsiderando o que inadvertidamente o decreto regulamentar deliberou.*²⁴

No entanto, permitimo-nos discordar dessa opinião, visto que, dada à exiguidade do tríduo contínuo, e com o objetivo de atender ao princípio da razoabilidade e da isonomia, dando iguais condições a todos os licitantes, em qualquer procedimento licitatório, entendemos que a contagem desses três dias, tanto para a apresentação de razões recursais quanto para as contrarrazões, deva ocorrer em dias úteis. A corroborar tal entendimento, trazemos os ensinamentos de Vera Scarpinella:

*Referido prazo de três dias pode ser alargado por normas locais ou editais de pregão, que poderão estabelecer, por exemplo, que se trata de dias úteis. O prazo para contra-razões deve ser idêntico ao prazo para a apresentação das razões escritas. O que não será possível é a redução deste prazo fixado na lei geral, sob pena da perda da uniformidade que se quer afirmar em benefício dos próprios licitantes. Os direitos garantidos na lei geral podem ser aumentados, jamais restringidos.*²⁵

No que tange aos efeitos, na hipótese dos recursos administrativos no processo de licitação, para as demais modalidades de licitação exceto o pregão, a Lei 8.666/93 dispõe que apenas aqueles referentes à habilitação ou inabilitação do licitante e ao julgamento das propostas é que possuem efeito suspensivo, promovendo a interrupção do processo até a decisão final, inclusive com o intuito de se evitar o conhecimento antecipado de situações que possam interferir no julgamento da licitação.

²⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Pregão passo a passo : uma nova modalidade de licitação para União, Estados, Municípios e Distrito Federal : Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002.** 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Temas & Idéias Editora, 2002, p. 69.

²⁵ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002).** São Paulo : Malheiros Editores, 2003, p. 160.

No pregão, a lei específica de regência não atribui qualquer efeito ao recurso. No entanto, destaca-se que, somente após decididos os recursos, é que a autoridade competente poderá efetuar a adjudicação ao licitante vencedor, nos termos do disposto no inc. XXI do art. 4º do referido diploma legal, que foi repetido no art. 27 do decreto que regulamenta o pregão eletrônico na esfera federal.

Diante disso, entendemos que esse dispositivo dá o efeito suspensivo a esses recursos (além do devolutivo, característico de todas as espécies recursais), embora o art. 11, inc. XVIII, do Decreto Federal 3.555/2000, que regulamenta o pregão presencial, disponha que o recurso contra decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo. Nesse caso, julgamos que o referido decreto agiu mal com relação a essa temática. Vejamos o entendimento de Marçal Justen Filho:

O regulamento federal pretendeu inovar a disciplina acerca dos recursos, determinando a supressão do efeito suspensivo dos recursos. Não se afigura que tal opção estivesse disponível para ser exercitada em nível regulamentar, já que disciplina legislativa acolheu solução diversa. Mas nem há maior necessidade de crítica ao regulamento federal. O inc. XVIII é letra morta e totalmente inútil. Melhor teria sido nunca ter existido, mas sua existência não acarreta efeito jurídico algum. É que a Lei nº. 10.520 determina que a adjudicação apenas poderá fazer-se depois de julgado o recurso. Enquanto não decididos os recursos, não pode haver adjudicação. Sem essa, não cabe contratação. Ora, o recurso não seria dotado de efeito suspensivo apenas se fosse viável o prosseguimento do certame concomitantemente com o processamento do recurso. Assim não o é.²⁶

Os regulamentos do estado de São Paulo (art. 12, inc. XIX, da Resolução CC-27, de 25-5-2006, com a nova redação dada pela Resolução CC-52, de 26-11-2009) e do município de Jundiaí (art. 27, alínea “q” do Decreto 21.263/2008) reconhecem o efeito suspensivo do recurso.

Ademais, prosseguir com o pregão antes de decididos os recursos, poderia gerar prejuízos irreparáveis tanto para o certame quanto para os participantes, na hipótese de se verificar, após a contratação, algum procedimento que fora julgado irregular. Portanto, há a impossibilidade de a decisão recorrida produzir seus efeitos normais após a interposição do recurso.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei Federal nº. 10.520/02 e os Decretos Federais nº.s 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2005, p. 157-8.

A corroborar tal entendimento, trazemos também as conclusões de Jair Eduardo Santana:

Obviamente que há vitando equívoco no decreto que cuida do pregão presencial. Não há a menor lógica em receber o recurso, determinar o seu processamento, e não paralisar o fluxo. Mais tarde, com o julgamento do recurso poderia haver ‘inversão fática’ e os atos praticados até então deveriam todos ser anulados. É evidente que tanto o efeito ‘suspensivo’ quanto o efeito ‘devolutivo’ se encontram presentes nos pregões eletrônico e presencial.²⁷

Por fim, quando o recurso administrativo é recebido com efeito suspensivo pela autoridade, tal ação acaba por impedir, em tese, o acesso do licitante ao Judiciário, pois se a decisão não produziu os efeitos face à suspensão, logicamente não causou qualquer lesão, deixando, portanto, de existir o interesse de agir. Dizemos “em tese”, em virtude do teor da Súmula 429 do Superior Tribunal Federal²⁸, que trata de uma prerrogativa que dispõe sobre a possibilidade de busca do Judiciário, mesmo que o recurso tenha sido recebido no efeito suspensivo, caso haja omissão da autoridade em respondê-lo.

No que tange à forma de apresentação do recurso, os regulamentos determinam que seja por meio dos formulários eletrônicos disponíveis no sistema. Marçal Justen Filho critica essa imposição, e permitimo-nos concordar com ele, afirmando não haver a menor legitimidade constitucional a determinação de que o recurso deva ser interposto através de formulários eletrônicos, cujo modelo fica a cargo da Administração Pública, pois isso determinaria limites à forma e ao conteúdo do recurso. Sendo assim, o autor conclui que o particular tem o dever de apresentar seu recurso por escrito; inclusive, pode-se até admitir o dever de encaminhar o recurso através de recursos eletrônicos, inclusive por *e-mail*; o que não se poderia aceitar é transformar a natureza do formalismo para prejudicar o administrado.²⁹

Com relação aos prazos para a análise e decisão do recurso, por parte do pregoeiro e da autoridade competente se o caso, como a Lei do Pregão é omissa, acabamos por ter

²⁷ SANTANA, Jair Eduardo. *Julgamento das propostas*. In: GASPARINI, Diogenes (Coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 386.

²⁸ STF, Súmula 429: *A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade*.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei Federal nº. 10.520/02 e os Decretos Federais nº.s 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2005, p. 316.

opiniões diversas a respeito. Segundo Marçal Justen Filho, “*na ausência de prazos, poderá reputar-se que as diferentes autoridades administrativas disporão dos mesmos três dias que se reservam aos particulares.*”³⁰

No entanto, de acordo com Vera Scarpinella:

*De nossa parte, diante da ausência de norma a respeito, preferimos a segurança da aplicação subsidiária da Lei 8.666 no presente caso, ao invés da criação de norma, ainda que coerente com o espírito do pregão.*³¹

Diante disso, permitimo-nos comungar do entendimento de Vera Scarpinella, no sentido de que deva ser efetuada a aplicação subsidiária da Lei de Licitações, inclusive por força do disposto no art. 9º. da Lei 10.520/2002 que prevê essa aplicação, utilizando os prazos nela previstos, ou seja, cinco dias úteis para análise e manifestação do pregoeiro e cinco dias úteis para decisão da autoridade competente, se a ela a temática for remetida.

O projeto de modificação da Lei de Licitações (Projeto de Lei nº. 32/2007 - nº. 7.709/2007 na Casa de origem) reduz para vinte e quatro horas o prazo para análise e manifestação por parte do pregoeiro que, caso entenda pela manutenção da decisão, deverá enviar à autoridade competente, que continuará tendo cinco dias úteis para manifestação final.

Entendemos que o descumprimento dos prazos para análise do recurso não acarreta maiores prejuízos, principalmente se estiver devidamente fundamentado pela necessidade de análises mais aprofundadas, diligências, oitiva de testemunhas, elaboração de laudos, entre outras ações. No entanto, há que se registrar que a demora excessiva na resposta de um recurso, sem a devida fundamentação, certamente gerará frustração ao interessado, que poderá se valer das vias judiciais para a busca de seu intento.

Da análise do recurso, caso o pregoeiro entenda por rever sua decisão, ele deverá dar ciência aos interessados acerca de seu provimento, facultando a qualquer interessado

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei Federal nº. 10.520/02 e os Decretos Federais nº.s 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, p. 156.

³¹ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)**. São Paulo : Malheiros Editores, 2003, p. 161.

que solicite o encaminhamento do recurso à apreciação de autoridade competente. Caso não se adote essa ação, deverá ser assegurado a qualquer interessado o direito de interposição de recurso contra a decisão do pregoeiro que deu provimento ao recurso anterior. Mas esta última solução, em tese, demandaria mais tempo.

Na hipótese do pregoeiro não modificar sua decisão, os autos deverão ser submetidos à apreciação de autoridade competente, designada de acordo com as atribuições previstas no regime ou estatuto do órgão ou entidade, que decidirá a respeito do recurso. Nesse caso, a autoridade competente poderá ratificar a decisão do pregoeiro, prosseguindo com a adjudicação do certame. Poderá, ainda, retificá-la, determinando a reparação de algum ato realizado em desacordo, utilizando-se da premissa contida no art. 4º, inc. XIX da Lei 10.520/2002, no sentido de invalidar somente os atos insuscetíveis de aproveitamento, sendo que o certame terá continuidade a partir da correção do vício. Nessa etapa, é importante salientar que poderão ser considerados invalidados não somente os atos praticados pelo pregoeiro, mas também pelos licitantes.

Trata-se da aplicação do direito à revisibilidade (duplo grau), como um desdobramento do princípio da ampla defesa. Conforme nos ensina Marcos Porta:

Um outro desdobramento do princípio da ampla defesa é o direito à revisibilidade (duplo grau), segundo o qual os atos administrativos emitidos pela Autoridade competente dentro do processo administrativo são passíveis de recurso ao superior hierárquico de quem proferiu a decisão administrativa, para sua reapreciação.³²

Outra questão diz respeito à ausência da presença física do licitante no pregão presencial, ou da presença virtual, no pregão eletrônico, ou ainda a presença de licitante não credenciado, o que impossibilitará o ingresso do recurso, implicando a decadência do direito. Nessa esteira, trazemos o ensinamento de Sidney Bittencourt:

Verifica-se nesse momento, como já mencionado anteriormente, a importância da presença de efetivo representante do licitante nas sessões, uma vez que, caso não se faça presente (encaminhando apenas os envelopes ou pessoa não credenciada), só poderá sagrar-se vencedor na hipótese de inexistir outra proposta. (...) Além disso, como ser verá nos comentários

³² PORTA, Marcos. **Processo administrativo**. São Paulo : Quartier Latin, 2003, p. 126.

*referentes ao inciso XVIII, a ausência afastará a possibilidade de apresentação de recurso administrativo.*³³ (grifo nosso)

Salientamos que a ausência do licitante na sessão do pregão realmente se trata de uma faculdade, cabendo a ele, no entanto, assumir os ônus em face dessa ausência, que não se resumem apenas à perda do direito à interposição de recurso, mas também à impossibilidade de oferecer novos lances e de se utilizar dos benefícios da Lei Complementar 123/2006, no que tange ao direito de desempate, caso se constitua numa microempresa ou empresa de pequeno porte. A alicerçar esse entendimento, trazemos as lições de Jonas Lima:

*k) no caso da ausência do licitante na sessão, por outro lado, depreende-se apenas e tão-somente que ele estará, unicamente, abrindo mão do direito de formular lances verbais (art. 4º, inc. VIII, da Lei nº. 10.520/02), do direito de recorrer imediatamente ao final da sessão (art. 4º, inc. XVIII, da Lei nº. 10.520/02) e, eventualmente, do direito de desempatar a licitação, se for microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa (arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº. 123/06).*³⁴

Por fim, temos que não é necessária a desistência expressa dos licitantes acerca da intenção de recurso, bastando apenas seu silêncio. O mesmo ocorre se o licitante retirar-se antes do encerramento da sessão pública ou virtual: os atos até então praticados serão perfeitos, válidos e eficazes (salvo vício apurado posteriormente). No entanto, o licitante perderá o direito ao recurso.

CONCLUSÃO

A introdução do pregão como uma nova modalidade de licitação, notadamente com o uso da tecnologia da informação, certamente trouxe avanços significativos na forma de processar as compras governamentais, exigindo novas posturas dos administradores e fornecedores.

³³ BITTENCOURT, Sidney. **Pregão passo a passo : uma nova modalidade de licitação para União, Estados, Municípios e Distrito Federal : Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002.** 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Temas & Idéias Editora, 2002, p. 53.

³⁴ LIMA, Jonas. *Presença física do licitante não pode ser exigida no pregão presencial.* **ILC – Revista Zênite de Licitações e Contratos.** Curitiba/PR : Editora Zênite, Ano XV, nº 171, maio 2008, p. 478.

Esses avanços também fizeram surgir questões que possuem implicação direta nas fases do pregão, especialmente na etapa recursal, quem merecem ser analisadas.

É fato que a Lei Federal 10.520/2002 imprimiu idêntico tratamento para os pregões presenciais e eletrônicos. No entanto, também é fato que cada uma dessas formas possui particularidades. O uso dos recursos de tecnologia da informação, representando um avanço, não pode representar um pano de fundo que venha a cercear as garantias de um procedimento licitatório.

Sendo assim, é preciso que toda a legislação infralegal que venha a regular o pregão, principalmente o eletrônico, respeite os princípios da licitação, bem como as normas de Direito, e que na fase recursal, na qual há o surgimento de controvérsias, seja preservado o princípio constitucional do devido processo legal, com os consectários do contraditório e da ampla defesa, a fim de que o aparato tecnológico não seja palco de ilegalidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARONI, José Carlos. O pregão em perguntas e respostas, Ribeirão Preto-SP, Editora IBRAP, 2006.

BITTENCOURT, Sidney. Pregão eletrônico : comentários ao Decreto nº. 3.697, de 21 de dezembro de 2000, considerando as regras da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002. Rio de Janeiro : Temas & Idéias Editora, 2003.

_____. Pregão passo a passo : uma nova modalidade de licitação para a União, Estados, Município e Distrito Federal. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro : Temas & Idéias Editora, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 9. ed. Madrid : Civitas Ediciones, 2004.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Fase Recursal. *In*: GASPARINI, Diogenes (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte : Fórum, 2006.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo, 4. tomo : El procedimiento administrativo. 6. ed. Belo Horizonte : Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei Federal nº. 10.520/02 e os Decretos Federais nº.s 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo : Malheiros, 2006.

PARADA, Ramón. Derecho administrativo I – Parte General. 15. ed. Madrid : Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

PEIXOTO, Ariosto Mila. Pregão presencial e eletrônico (comentários à Lei federal n. 10.520, de 17/07/2002 e legislação comparada). Campinas-SP : Prime, 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Sessão pública*. In: GASPARINI, Diogenes (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte : Fórum, 2006.

PORTA, Marcos de Lima. Processo administrativo. São Paulo : Quartier Latin, 2003.

SANTANA, Jair Eduardo. *Julgamento das propostas*. In: GASPARINI, Diogenes (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte : Fórum, 2006.

_____. Pregão presencial e eletrônico : sistema de registro de preços : manual de implantação, operacionalização e controle. 2. ed. rev. e atual., nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar nº. 123/06). Belo Horizonte : Fórum, 2008.

SCARPINELLA, Vera. Licitação na modalidade de preço (lei 10.520, de 17 de julho de 2002). São Paulo : Malheiros Editores, 2003.

SÍTIOS VISITADOS:

<http://compraaberta.jundiai.sp.gov.br>

<http://www.bec.sp.gov.br>

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.tcu.gov.br>

MORALIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Márcia Cristina Nogueira Ciampaglia¹

Moralidade e improbidade administrativa

Introdução

O Estado Constitucional Democrático de Direito caracteriza-se pela submissão do Estado ao Direito.

O Direito, compreendido como um sistema harmônico de normas (regras e princípios) impostas coativamente, delimita o poder do Estado através de uma Lei superior, fruto da vontade popular.

Nesse sentido, o artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, dispôs de forma expressa, estar a Administração Pública submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Embora a atuação pautada pela moralidade já fosse reconhecida pela doutrina administrativa, como dever de todo administrador², a sua inserção na Constituição de 1988, a elevou a categoria dos princípios constitucionais expressos condicionando a validade do exercício da função administrativa à sua observância, na medida em que o artigo 5º, inciso LXXIII elenca entre os atos passíveis de anulação mediante ação popular, aqueles contrários à moralidade administrativa.

A Constituição também contém vários dispositivos (art. 14, § 9º, art. 15, V; art. 37, §4º; art. 85, V) que mencionam as expressões probidade e improbidade, considerando mais graves os atos que atentem contra a probidade, uma vez que não são apenas inválidos, mas ensejam a aplicação aos seus autores de sanções mais severas, como perda e suspensão de direito políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, além de configurar crime de responsabilidade do Presidente da República.

¹ Professora do Curso de Direito, no Centro Universitário Padre Anchieta (UNIANCHIETA)

² Cammarosano, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.66

A positivação destes conceitos demonstra uma preocupação da sociedade com a crescente onda de corrupção, abuso de poder, além de outros fatos que desvirtuam a legítima função do administrador público.

Assim, como se tratam de conceitos de conteúdo indeterminado e algumas vezes utilizados, de forma equivocada, como sinônimas, e tendo em vista sua importância como instrumentos de controle da Administração Pública, torna-se necessário sua delimitação.

A moralidade administrativa

O princípio da moralidade referido na Constituição Federal diz respeito à moral juridicizada e não à moral comum.

Nesse sentido, afirma Márcio Cammarosano que “tendo em vista de um lado o primado da segurança jurídica, postulado fundamental do nosso Estado Democrático de Direito, que reclama predeterminação formal das normas jurídicas, e de outro a relatividade da Moral, o princípio da moralidade não está referido à moral comum”³.

Desta forma, ao interpretar um texto jurídico, o intérprete deve fazê-lo de acordo com os valores compreendidos no direito positivo e não de acordo com uma idéia pessoal ou universal de justiça⁴.

Então, numa primeira delimitação do conceito de moralidade administrativa destaca-se que este se refere a valores que embora extraídos do comportamento humano foram especialmente selecionados e positivados pelo Direito.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à autonomia do princípio da moralidade.

Marcio Cammarosano sustenta inexistir tal autonomia e justifica dizendo que “para que pudesse ser considerado autônomo seria preciso que pudéssemos dar um exemplo de ato administrativo que comportasse invalidação com a só invocação desse princípio, sem que se vislumbrasse ofensa a qualquer outro”⁵.

³ Camarosano, op. cit., p. 64

⁴ Idem, Ibidem

⁵ Idem, Ibidem, pp.95-96

Para ele, o controle da Administração Pública pode ser realizado, sem a invocação da moralidade. Basta “a conjugação de princípios jurídicos como os da finalidade de interesse público, isonomia, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, publicidade” que “Celso Antonio Bandeira de Mello aglutinou sob o título *conteúdo do regime jurídico administrativo*, somados aos princípios constitucionais da Administração Pública elencados no art. 37 da Lei Maior”⁶. E exemplifica, citando atos “que se tem considerado como atentatório ao princípio da moralidade administrativa: não realização de concurso público para provimento de cargo na administração; não concessão de vista das provas em qualquer concurso público; acumulação proibida; corrupção, desvio de poder; nepotismo; despesas excessivas com publicidade; mordomia”⁷.

Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma ser autônomo referido princípio, uma vez que a própria Constituição o menciona como tal no caput do artigo 37. Ao explicar que “a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à idéia de desvio de poder”, conclui que “a imoralidade estaria na intenção do agente”⁸. Desta forma, “sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa”.

Para a autora, “a moralidade exige basicamente honestidade, observância das regras de boa administração, atendimento ao interesse público, boa-fé, lealdade”.

Portanto, o campo de aplicação da moralidade encontra-se na prática de atos discricionários, ou seja, aqueles em que não há a subsunção objetiva entre o caso concreto e a hipótese prevista na lei. Nestes casos exige-se que o administrador eleja a solução que mais se coadune com a norma, e conseqüentemente, com o interesse público pautando-se pela honestidade, lealdade e boa-fé, conceitos formadores da moralidade.

⁶ Idem, Ibidem, p. 73

⁷ Idem, Ibidem, p. 74

⁸ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 24ª ed., 2011, p. 78-79

Relação entre moralidade e legalidade

Embora haja divergência quanto à autonomia do princípio da moralidade, não existe discordância quanto à sua íntima relação com o princípio da legalidade.

Cammarosano afirma que “nem todo ato ilegal é imoral. Mas não se pode reconhecer como ofensivo à moralidade administrativa ato que não seja ilegal. Não existe ato que seja legal e ofensivo à moralidade. Só é ofensivo à moralidade administrativa porque ofende certos valores juridicizados. E porque ofende valores juridicizados, é ilegal”⁹.

Embora Di Pietro entenda ser a moralidade administrativa um princípio autônomo e, portanto, apartado da legalidade – ou seja, um ato administrativo poderia ser imoral sem necessariamente ser ilegal – admite que um ato contrário a moralidade poderia também afrontar a ilegalidade se considerada esta em sentido amplo – a que abrange todo o ordenamento jurídico. Explica que “a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico”¹⁰

Para Wallace Paiva Martins Júnior¹¹, a relação existente entre o princípio da moralidade e legalidade, consiste no fato de considerar aquele como um “superprincípio informador dos demais”. Assim, o administrador ao atuar, seja através de ato discricionário ou vinculado deve atentar para elementos como honestidade, boa-fé e lealdade visando sempre uma boa administração.

Relação entre moralidade e probidade.

Considerando a legalidade em sentido amplo, conforme exposto no item anterior, é possível concluir que qualquer ato que atente contra a moralidade administrativa é ilegal e, portanto, inválido.

⁹ Cammarosano, op. cit., p.102

¹⁰ Di Pietro, op. cit., p. 825

¹¹ Martins Júnior, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 2006, p.31

Se analisarmos os artigos 14, § 9º; 15, V; 37, §4º; 85, V - dispositivos que tratam da probidade e improbidade administrativa - verificamos que o ato de improbidade administrativa além de inválido, enseja ao seu autor aplicação de sanções severas, tais como, perda e suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, além de configurar crime de responsabilidade do Presidente da República.

Assim, “probidade é espécie do gênero ‘moralidade administrativa’ a que alude, *vg*, o artigo 37, *caput* e seu §4º, da CF”¹².

Nesse sentido, afirma Cammarosano que “a improbidade é a imoralidade administrativa especialmente qualificada”¹³.

Marino Pazzaglini Filho¹⁴ considera improbidade administrativa “mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé”.

Portanto, é possível a existência de um ato administrativo que atente contra a moralidade, mas não configure improbidade administrativa. Mas todo ato de improbidade fere a moralidade administrativa.

5. Lei de improbidade

5.1. Histórico

Sempre houve preocupação com a atuação dos agentes públicos, de forma que mesmo antes da inserção de previsão na Constituição de 1988 de sanções para atos que atentassem contra a probidade, existiam no ordenamento jurídico previsões de sanções para os atos que importassem prejuízo para a Fazenda Pública e locupletamento ilícito para o indiciado.

¹²Figueiredo, Marcelo. *Probidade administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 4º ed., 2000, p.23

¹³ Cammarosano, *op. cit.*, p. 109

¹⁴ Pazzaglini Filho, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 4º ed., 2001, p. 3

O Decreto-lei nº 3.240, de 8/05/1941 previa, como efeito da condenação criminal, o sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultassem prejuízo para a Fazenda Pública.

A Lei nº 3.164 de 01/06/1957, conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha regulamentando o artigo 141, §31 da Constituição de 1946 também previa o sequestro e o perdimento de bens, do servidor público que os tivesse adquirido por influência ou com abuso de cargo ou função pública ou de emprego em entidade autárquica, independentemente da responsabilização criminal. Porém, diferentemente do Decreto-lei nº 3.240/57 tratava-se de sanção de natureza civil.

Posteriormente, a Lei nº 3.502, de 21/01/1958 regulamentou o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função.

A Constituição Federal de 1967 manteve a previsão da Constituição anterior quanto ao perdimento de bens e o Ato Institucional nº 5 concedeu legitimidade ao Presidente da República para decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido, ilicitamente, no exercício do cargo ou função pública.

A Constituição Federal de 1988, de certa forma inovou, ao prever pela primeira vez, de forma expressa o princípio da moralidade entre aqueles a que se sujeita a Administração Pública e, ainda ao inserir a expressão “ato de improbidade administrativa”, aplicável às infrações praticadas por servidores em geral, diversamente das Constituições anteriores que a utilizavam para designar somente as infrações de natureza política.

O artigo 37, §4º, da Constituição de 1988 estabeleceu que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

No entanto, a aplicação das sanções previstas na CF 88, por ato de improbidade administrativa só puderam ser aplicadas em relação àqueles praticados a partir da promulgação da Lei nº 8.429 de 02/02/1992 que regulamentou o artigo 37, § 4º. Até então, continuavam em vigência as Leis nº 3.164/57 e nº 3.502/58, as quais foram expressamente revogadas pelo artigo 25 da lei de improbidade administrativa.

5.2. Sujeitos

De acordo com artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa podem ser sujeito passivo dos atos de improbidade: a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, a empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual e entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público e aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Percebe-se que o traço comum entre os sujeitos passivos consiste em suas atribuições de gestão de verbas públicas e de exercício de atividades públicas ou privadas de interesse público.

Podem ser sujeito ativo do ato de improbidade tanto o agente público como terceiros.

De acordo com abrangência dada pelo artigo 2º da LIA, agente público é toda pessoa física que exerça função pública. Assim, encontram-se abarcados no conceito de agente público e, portanto, sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, o agente político, o servidor público, o militar e o particular em colaboração com o Poder Público.

5.3. Espécies de improbidade administrativa

Constituem atos de improbidade administrativa: a) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário (art. 10); os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11)

Embora os incisos dos artigos 9, 10, 11 da LIA descrevam algumas condutas que configuram improbidade, verifica-se que tais hipóteses são exemplificativas. Portanto, não é necessário o enquadramento da conduta em um dos incisos, bastando apenas que se enquadre no *caput* de referidos artigos.

5.4. Elemento subjetivo

Tendo em vista a gravidade das sanções impostas pela LIA é relevante o elemento subjetivo da conduta.

Improbidade, conforme o Novo Dicionário da Língua Portuguesa, significa “má índole”, “mau caráter”, “perversidade”.

De Plácido e Silva, por sua vez, nos ensina que improbidade, derivado do latim *improbitas*, “juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter”. Ímprobo é o “corrupto, devasso, desonesto, enganador”¹⁵.

Não basta que o ato praticado seja ilegal. É preciso a comprovação de que tenha havido culpa ou dolo, ou seja “um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto”¹⁶.

O artigo 10 da LIA, ao prever a conduta ensejadora de improbidade administrativa é o único dentre os três (arts. 9, 10, 11) que fala em ação ou omissão dolosa ou culposa.

No entanto, adverte Cammarosano¹⁷ que tal disposição deve ser interpretada com “prudência para que não se considere também, em face do disposto no art. 11, *caput*, ato de improbidade qualquer comportamento ou ato ofensivo à lei, decorrente de mero erro de fato ou de direito”.

Di Pietro¹⁸, ao analisar o disposto no artigo 10, que admite a forma culposa do ato de improbidade, entende tratar-se de “falha do legislador, como tantas outras presentes na lei”. Explica que “no caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública”.

¹⁵ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*, São Paulo: Ed. Forense, 18ª ed., p. 416

¹⁶ Di Pietro, op. cit., p. 843

¹⁷ Cammarosano, op. cit., p. 110

¹⁸ Di Pietro, op. cit., pp. 843-844

Marino Pazzaglini Filho¹⁹ entende possível a forma culposa da conduta prevista no referido artigo 10 da LIA. Afirma que “apenas nos casos de atos de improbidade administrativa lesivos ao Erário (art.10) poderá ser suficiente, para sua configuração, a ação ou omissão ilícita culposa, ou seja, o descumprimento inescusável de dever de ofício, causador de involuntário dano ao Erário, por não conduzir-se o agente público infrator com a atenção e a diligência reclamadas pela função pública por ele exercida”.

No entanto, referido dispositivo dá margem a uma interpretação no sentido de que a culpa se dá em relação ao dano e não em relação ao desconhecimento da ilicitude, ou seja, conduta em que o agente não tem intenção de causar dano ao erário, porém tem plena consciência da ilicitude praticada.

5.5. Sanções

A Lei 8.429/92 acrescentou outras medidas, além das previstas pelo artigo 37, § 4º, CF, sem infringir a norma constitucional, uma vez que esta não limitou a competência do legislador para estabelecer outras. São elas: a) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) a multa civil; c) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

É importante notar que nem todas as medidas têm natureza sancionatória.

A indisponibilidade de bens tem caráter preventivo, uma vez que visa à preservação dos bens durante a apuração dos fatos, evitando que sejam ocultados, transferidos ou dilapidados, assegurando o possível ressarcimento ao erário.

O ressarcimento do dano é uma forma de recomposição do patrimônio lesado.

Assim, somente a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública é que constituem penalidades de natureza civil.

As sanções podem ser aplicadas cumulativamente, por força da nova redação dada ao artigo 12, pela Lei 12.120/09.

5.6. Prescrição

¹⁹ Pazzaglini Filho, op. cit., p. 4

Em relação ao prazo prescricional para propositura de ação de improbidade, a LIA prevê: a) cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; b) para os servidores efetivos aplica-se o mesmo prazo previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Em relação ao ressarcimento do dano, por força do disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição, a ação é imprescritível. E referido ressarcimento abrange a reparação tanto do dano material como moral.²⁰

Portanto, ainda que para outros fins, a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos

6. Bibliografia

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006

DE PLÁCIDO e Silva. *Vocabulário Jurídico*, São Paulo: Ed. Forense, 18ª ed

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

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 4º ed., 2000

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 2006

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 4º ed., 2001

²⁰ Martins Júnior, op. cit., p. 375

CONTRIBUIÇÃO CONSTRUTIVISTA PARA O ENSINO JURÍDICO

Ricardo Rodrigues Gama¹

Capítulo I Diagnóstico do Ensino Jurídico

1. Imensidade Problemática

A difusão do ensino jurídico com 1240 faculdades de direitos em funcionamento no território brasileiro expressa bem a despreocupação com a criação e a manutenção de centros de excelência na relação de aprendizagem do direito². Para ter noção do absurdo do numerário mencionado, basta dizer que nos Estados Unidos funcionam somente 212 faculdades de direito e a concentração do ensino tende a trazer melhorias de diversas ordens³.

Impiedosamente, confia-se o ensino do direito às pessoas com escassa experiência e despreparo evidente no plano teórico, em exposto detrimento da cultura jurídica nacional. As dificuldades enfrentadas por professores que fazem dupla jornada, mantendo-se a academia em plano secundário e daí não se poder nem mesmo exigir o conhecimento de métodos e técnicas de ensino; abre-se a oportunidade para denunciar a ausência de cientistas do direito no quadro de professores da maioria absoluta das faculdades públicas e particulares.

Retumbante são as reclamações em torno da baixa qualidade de ensino apresentada, vazando as críticas dos corpos docente e discente num só coro e, nesse

¹ Professor Mestre no Curso de Direito, no Centro Universitário Padre Anchieta (UNIANCHIETA).

² <http://www.nacaojuridica.com.br/2013/07/brasil-tem-mais-cursos-de-direito-do.html>.

Deveras, com 1.240 faculdades de direito, o Brasil transpõe o número de faculdades espalhadas pelo mundo todo, uma vez que todos os demais países contam com 1.100 cursos de direito. Este dado está no mencionado site.

³ <http://www.conjur.com.br/2013-fev-03/faculdades-americanas-comecam-enfrentar-crise-falta-alunos>.

contexto, acuse-se o registro dos desencantos da sociedade com o modelo irracional adotado. Todos clamam por mudanças nas salas de aula quando se trata de ensinar o direito, apontando defeitos nas trajetórias dos professores ao conduzirem suas lições com excessos propedêuticos ou acúmulo de especificações, no comportamento indiferente do acadêmico quando se trata de assimilar o conteúdo que se quer transmitir, na seleção de itens para fazer parte do conteúdo ultrapassado.

As preocupações que rondam os professores dos cursos de direitos nas unidades da federação podem ser reunidas em três órbitas, quais sejam a do mau emprego da tecnologia nas salas de aula, a fragilidade do teor do conteúdo das disciplinas e o acesso à atividade profissional pelo bacharel em direito.

Ao tomarmos contato com a proposta construtivista, abriu-nos uma via para superar a crise do ensino jurídico brasileiro, principalmente no tocante aos objetivos decorrentes do relacionamento entre o professor e o acadêmico de direito. Muitos são os registros dos desequilíbrios educacionais, como Roberto de Aguiar refere-se expressamente ao *pacto da mediocridade*, segundo o qual, *nesse clima de dolus bônus, a tendência dos cursos jurídicos é a de se transformarem em terreno fértil para a farsa. O professor finge que ensina e os alunos representam que aprendem*⁴. A falta de compromisso com a aprendizagem surpreende até os mais crédulos no ensino universitário, levando sempre em conta a maturidade dos envolvidos nessa relação de ensino. Por outro lado, a situação presente atesta a falência múltipla do método secularmente utilizado, sugerindo a adoção de mecanismos que causasse impacto maior nos envolvidos no relacionamento educacional, parte-se da ideia do professor satisfeito com o trabalho educativo desenvolvido e do acadêmico sentindo-se capacitado para enfrentar os desafios encontráveis no árido caminho que terá que percorrer para atuar profissionalmente.

A aprendizagem não amplia somente o potencial de autoconfiança do acadêmico, já contribui para a formação do caráter e revela-se como elevação dignidade humana.

2. Tecnologia Mal Empregada

⁴ Roberto A. R. de Aguiar, *A Crise da Advocacia no Brasil: Diagnóstico e Perspectivas*, p. 84.

Assumidamente concebida como uma categoria profissional, o professorado deve ser antecedido com um bom preparo para a iniciação e o bom desenvolvimento no exercício da atividade de ensino; o modo de operar o processo de aprendizagem deve ser eficiente para que se dê a transmissão do conhecimento ou o acadêmico seja preparado para atingir os patamares exigidos por cada ponto da disciplina, obtendo assim conhecimento. Ressalte-se aqui a preocupação que o professor deve ter com o exercício de sua atividade, além de ter em mente a transposição das fases que devem compor o seu aprendizado da profissão⁵.

A difusão do método expositivo encontrou adeptos em todas as partes do mundo, daí os ensinamentos jurídicos não passaram de aulas expositivas para a maioria dos professores que militam na área jurídica. Por vezes, o acadêmico não se prende à explicação e perde com isso o conteúdo do que se quer passar; assim, persiste certa vulnerabilidade.

Num mundo cada dia mais digitalizado, a inclusão do acadêmico de direito parece um caminho a ser trilhado pela maioria dos professores. Mas, com o apego a valores duvidosos, a tecnologia não passa de uma aula com o recurso do *Microsoft Office PowerPoint* e toda a rede de enganação por detrás disso tudo. É que o professor projeta sua aula na tela como se fazia com o *slide*⁶ há muitos anos atrás e se limita a ler o texto projetado. Acentue-se que o texto projetado não passa de um lembrete para o professor, além de trazer à tona a deficiência didática do professor em explicar o conteúdo que ministra em sua disciplina.

Em relação à aula simplesmente expositiva, há grande prejuízo da nova prática enganosa por retirar o referencial do professor como mensageiro único do saber, transformador de ideias complexas em noções palatáveis, ponto de convergência de toda a atenção dos alunos... Não se pode desprezar a consideração deferida à aula expositiva na maioria dos cursos jurídicos, isso desde a sua criação brasileira em 1827. Por conta da valorização do método expositivo, as novas investidas devem deixar a vista os

⁵ Ao tratar das implicações educativas, Georges Lerbet menciona a preocupação de Jean Piaget a respeito de suas preocupações educacionais e até da exigência da ordenação das ideias sobre determinados pontos de seu pensamento acerca da educação (*Piaget*, p. 63).

⁶ Trata-se de recursos audiovisuais, especificamente do cromo de 35 mm, próprio para projeção de dispositivo montado em moldura.

propósitos e as vantagens de se instituir mudanças em metodologia que gera bons frutos há tanto tempo.

É óbvio que não se pode mais conceber um professor como mensageiro da verdade jurídica, uma vez que o acadêmico não está impedido de consultar as fontes do direito e partir para o debate sob diversos aspectos. Ao invés de fazer o papel de receptor, o acadêmico prepara-se com o mesmo conteúdo e busca o encontro com o professor para dissipar algumas dúvidas indissolúveis com as consultas que fez. Nesse modelo, duas vias são instituídas para promover o conhecimento jurídico, com a exigência única de os acadêmicos conhecerem com antecipação os pontos a serem desenvolvidos em sala de aula. Mas, há evidência também de tal plano ser atingido com os acadêmicos acessando o conteúdo em sala de aula, seguidos de acompanhamento do professor. Momento oportuno este para equacionar o potencial dos acadêmicos com o conteúdo que se pretende passar; na visão de Piaget, tratava-se da ligação entre o desenvolvimento psicogenético e o conteúdo do ensino⁷.

Sob a perspectiva construtivista, o acadêmico vai ser preparado para colher o conhecimento, ele acessa os dados e dá início ao processo de aprendizagem monitorado pelo professor. As ferramentas para a busca do conhecimento não se limitam somente nos livros e autos de processo para os acadêmicos de direito, haja vista o campo aberto pela rede de computadores interligados pela via da internet.

3. Conteúdo Precário

Ao analisar o conteúdo de cada disciplina do curso de direito, visualiza-se duas tendências geradas pelas diretrizes curriculares com a indicação de disciplinas que devem fazer parte da grade e outro grupo de disciplinas a serem escolhidas pela direção do curso.

Em 1994, por força da Portaria Ministerial 1.886, de 30 de dezembro de 1994, as diretrizes curriculares trouxeram um número de disciplinas obrigatórias e outras opcionais, permitindo que cada curso fosse gerenciado com base no projeto pedagógico elaborado pelo coordenador pedagógico do curso ou de comissão de especialistas

⁷ Georges Lerbet, *Piaget*, p. 64.

reunidos para este fim. A preocupação com a qualidade do ensino jurídico mobilizou a Ordem dos Advogados do Brasil e os seminários propagaram-se por todo território nacional, sendo que vale aqui destacar a criação de Comissão Permanente de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB. Expressa a finalidade de análise da crise do ensino e a proposição de soluções para superar as dificuldades com a formação deficiente dos bacharéis em direito, o resultado foi a imposição de um currículo mínimo com as disciplinas básicas e, como um avanço do mesmo, a instituição de currículo pleno que reunisse as disciplinas obrigatórias e aquelas outras optativas⁸. Em 29 de setembro de 2004, a Resolução CNE/CES n° 9 revogou a Portaria Ministerial n° 1.886, de 30 de dezembro de 1994.

A Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, por meio da Resolução CNE/CES n° 9, de 29 de setembro de 2004, instituiu novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito. Em seu art. 5º, a referida Resolução exige que o *projeto pedagógico* contenha uma *organização curricular* com três esferas de formação, quais sejam:

- a) *formação fundamental*: firmada em bases teóricas acerca da antropologia, ciência política, economia, ética, filosofia, história, psicologia e sociologia;
- b) *formação profissional*: o conteúdo específico permite que o acadêmico acesse a concentração de conhecimentos exclusivamente jurídicos, com o direito constitucional, o direito administrativo, o direito tributário, o direito penal, o direito civil, o direito empresarial, o direito do trabalho, o direito internacional e o direito processual;
- c) *formação prática*: a aplicação do conteúdo teorizado, aliado ao conhecimento específico do direito, encontra ambiente propício para ser desenvolvido na solução de conflitos jurídicos, ou mesmo em consultas que tenham por objetivo estabelecer posicionamentos acerca de ocorrências.

Retomando as tendências geradas pela formação do currículo de cada faculdade de direito brasileira, o projeto pedagógico não deixa de atender às disciplinas obrigatórias, contudo, falseia o conteúdo para atender aos apelos daqueles que ministram a disciplina. Assim, dessa triste ocorrência, a *introdução ao direito* reúne matérias que fazem parte de outras disciplinas, como pontos da história, da psicologia

⁸ Paulo Luiz Neto Lôbo, *OAB, Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares*, pp. 8-9.

forense ou da antropologia jurídica. Por vezes, a *introdução ao direito* apresenta-se como uma preliminar do direito civil pertencente à parte geral. Ao alterar o conteúdo da disciplina, o desatendimento ao currículo parece óbvio e mereceria reparos imediatos para evitar maiores prejuízos na formação do acadêmico do curso de direito. Noutro bloco, quando da escolha das disciplinas não-obrigatórias, a generalidade de algumas disciplinas atrapalha o amadurecimento dos novos campos do direito, marcadamente com a adoção do direito civil e o direito empresarial para fazer frente a qualquer outra disciplina mais específica, como o direito consumerista, o direito econômico, o direito disciplinar, o direito mediador, ou o direito agrário. Em oposição, o projeto pedagógico pode alimentar o sistema somente com disciplinas específicas e os acadêmicos serem entregues ao currículo que não permita uma visão geral do direito privado e do direito público.

Estamos diante de uma triste realidade com a crise curricular nas faculdades de direito, permitindo-se reduções de carga-horária diante da tendência de sua ampliação por diversos países do mundo.

Além de não atingir um grau superlativo no currículo com a combinação de disciplinas específicas e gerais, aliada à redução de carga horária para algumas disciplinas e o desaparecimento de outras tantas, os dirigentes dos cursos jurídicos jamais vão conseguir primar pela qualidade expressa no conteúdo de cada disciplina.

4. Interesse Profissional

A variedade de pessoas que se propõe a cursar a faculdade de direito permite uma divisão em dois grandes grupos de interesses, um partindo da razão de vida do próprio acadêmico de direito e outro gerado a partir do posicionamento da casa de ensino no eterno processo de consolidação da qualidade do curso.

Longe do perfil do acadêmico que investe nos estudos jurídicos para alcançar a formação com excelência e abrir a efetiva possibilidade de exercer profissão na área jurídica, o acadêmico movido por razões próprias pode estar com a carreira consolidada em outra área e buscar no conhecimento jurídico um complemento para suas atividades. Há aqui um grupo de indefinidos que findam o curso sem alcançar profissão alguma,

seja por não conseguir a aprovação no exame de ordem e iniciar a advocacia, ou por não ser aprovado em concurso público que almejava. Mas, diante da dificuldade de fechar as motivações dos acadêmicos, a variedade de razões pode ser até um desejo particular do ingressante no curso ou uma oportunidade promovida pelo próprio acadêmico.

Ao questionar o que se quer com sobre o futuro do bacharel em direito sob a ótica institucional, busca-se aclarar o objetivo dos cursos jurídicos no Brasil, qual seja o de formar profissionais que operem o direito em carreiras públicas e privadas, como a carreira de juiz, de representante do Ministério Público, de advogado da união, de defensor público, de delegado de polícia, de advogado, de consultor jurídico... Incisivamente, alguns mecanismos para o ingresso em determinadas profissões são marcantes para as faculdades de direito, como se dá com a alta consideração do índice de aprovação no exame de ordem promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil para o ingresso na carreira de advogado. Por conta disso, não é difícil encontrar faculdades preparando o acadêmico para enfrentar o exame de ordem a partir do início do segundo ano do curso e isso se dá com a aplicação de provas que tenham por base questões já presentes nas provas aplicadas pela OAB.

5. Capacitação Deficiente

As opções decorrentes do projeto pedagógico de uma faculdade de direito apontam a linha ideológica de seu mentor na coordenação educacional e isso deveria exercer influência sobre os departamentos vinculados à direção do curso. Mas, como fruto da diversidade de disciplinas e da origem profissional de cada professor, as pregações das linhas de aprendizagem não são assimiladas, como se pode verificar sem muito esforço, já que os próprios professores se apresentam como autônomos com o emprego de suas didáticas.

Por vezes, a opção por métodos interessantíssimos não é compreendida e os professores passam a criticar o contexto em que estão inseridos. Na verdade, atesta-se um ambiente rudimentar para a assimilação de qualquer inovação, como se todos estivessem satisfeitos com a realidade deprimente do espaço no qual se relacionam professores e alunos. Faz-se necessária a constatação da realidade para não figurar o

ideal construtivista que se pretende aqui apresentar como algo sem propósito ou que só sirva para o plano teórico.

O pensamento expressado por alguns pais com relação à educação direcionada aos filhos, como o de que eles devem ser preparados para o mundo, sem dúvida alguma, revela um dos objetivos do pensamento construtivista e tal comparativo deve ser ligado ao fato de que o estudante deve aprender a dar seus próprios passos para caminhar sozinho. Nesta única referência, o curso de direito prepara o bacharel para lidar com as questões que se lhes apresentarem no exercício de diversas atividades, como o consultor jurídico apresenta soluções para o caso que foi submetido a sua apreciação, o advogado propõe a ação judicial que vise solucionar o conflito de interesses, o promotor de justiça oferece o parecer coerente com os rigores da legislação e o juiz decida a questão em conformidade com o direito no contexto do raciocínio jurídico. Dentro de suas competências, cada operador do direito vai apresentar sua visão do fenômeno jurídico ou da questão submetida à apreciação, valendo observar que a autonomia intelectual de cada um dos operadores deve ser preservada.

Capítulo II

IDEAIS CONSTRUTIVISTAS

1. Noções Gerais

As aulas nos cursos de direito seguem a metodologia expositiva, comportando a apresentação oral contínua do professor numa suposta lógica previamente estruturada⁹, cujo sentido só poderia ser encontrado por uma comissão de especialistas que estivessem dispostos a rememorar os pontos altos da disciplina com o conteúdo borrifado em aulas por todo o semestre. Deveras, o método expositivo simples não oferece atrativos para envolver o acadêmico do curso de direito que vive intensamente fora da sala de aula com contatos pessoais menos formais e com uma rede de computadores interligados com uma base de dados de dimensão considerável.

⁹ Para Imídeo Giuseppe Nérci, *o método expositivo consiste na apresentação oral de um tema logicamente estruturado (Metodologia do Ensino: Uma Introdução, p. 69).*

Sugestivamente, a busca por conhecimentos jurídicos deveria ser incentivada pelos professores de diferentes disciplinas e a atuação acadêmica bem direcionada pelo professor com conhecimentos mais profundos sobre os temas a serem abordados em sala de aula.

Há muita resistência às mudanças no campo metodológica e, como registra José Wilson Ferreira Sobrinho, *os modismos pedagógicos parecem ter a mesma vocação de todos os outros modismos: nascem, crescem e morrem com uma velocidade que, não raro, causa certa surpresa, mesmo naqueles que pareciam ser seus defensores mais intransigentes*¹⁰. A possibilidade de substituição metodológica no campo jurídico poderia suscitar o caráter efêmero de algumas tentativas, principalmente pela dificuldade em superar a herança cultural enraizada no ensino jurídico desde sua criação. Mas, por outro lado, trata-se de um legado que não responde mais aos estímulos dos corpos docente e discente, já que funcionava somente para estudantes dotados de extraordinária capacidade intelectual ou de notável talento para dirigir os estudos fora da sala de aula. Nossos acadêmicos não foram produto da repetição das gerações, como se pode atestar a vida contemporânea marcada pelas diversas atividades desenvolvidas diariamente por cada um daqueles que trabalham no período diurno e estudam no período noturno, merecendo levar em conta a complexidade da vida em tempos cibernéticos atuais. Na proposta de alteração da metodologia de ensino, para que se possam transpor tantas amarras geradas pelo conservadorismo, o discurso deve partir da necessidade de atualização dos mecanismos que cercam a relação de aprendizagem entre o professor e os acadêmicos no curso de direito. Nossas aptidões com os posicionamentos construtivistas que tendem para gerar uma corrente educacional não foram alimentada por sentimentos intensos o bastante para ofuscar o propósito do ensino nas salas de aula, já que as deficiências afloram nas relações com os acadêmicos nos primeiros semestres do curso e se estendem com o sentimento passivo de impotência para ensinar os acadêmicos à alcançarem autonomia na aquisição de conhecimentos jurídicos.

O construtivismo estabelece uma ideia ampla do sistema de ensino convergindo nas inovadoras posturas do professor e do acadêmico, além de sugerir uma nova

¹⁰ *Metodologia do Ensino Jurídico e Avaliação em Direito*, p. 52.

fórmula para operacionalizar o acesso ao conhecimento. Com o completo abandono do ensino tradicional, o construtivismo centraliza a atenção no acadêmico com o objetivo de estabelecer um procedimento por meio do qual a aprendizagem permita uma atividade individual consistente numa abordagem monitorada do conhecimento, desenvolvendo as habilidades para o acesso solitário ao saber. Além de orientar o acadêmico, o professor acompanha a solidificação da autonomia do próprio acadêmico em manipular o objeto a ser conhecido.

2. Interatividade

As relações entre o professor e os acadêmicos devem transpor os objetivos da aprendizagem, uma vez que o ensino assume funções bem mais amplas, como a função social que deve preparar o acadêmico para vivenciar a realidade com a possibilidade de nela interferir, como bem acentua Antoni Zabala¹¹.

Nos contatos gerados a partir das atividades conjuntas dos professores e acadêmicos, com base sempre nos apontamentos presentes no plano de ensino, a definição das atribuições dos participantes de todo o sistema de ensino jurídico¹². Exige-se uma mudança de postura não somente do professor, mas, também dos acadêmicos, deixando o professor de funcionar como irradiador único do conhecimento e o acadêmico deve abandonar a posição de receptor inativo. Além de apresentar o conteúdo a ser estudado, o professor deve direcionar as atividades dos acadêmicos e pender pelo contato direto deste com o conteúdo. Ao atuar, o acadêmico acessa o conhecimento e passa a fazer sua reflexão; aqui entra em cena o professor como coordenador, evitando que a compreensão seja aquém ou além da realidade apresentada. Com isso, evita-se a precipitação equivocada do acadêmico e, ainda que ela ocorra, o socorro professoral não tarda a chegar com a solução heroica. Na verdade, o acadêmico vai deixar o posto de expectador e passar a atuar no contexto jurídico dos temas a serem abordados pela disciplina que se matriculou.

¹¹ *Enfoque Globalizador e Pensamento Complexo: Uma Proposta para o Currículo Escolar*, p. 43.

¹² Antoni Zabala, *A Prática Educativa. Como Ensinar*, p. 89.

A aquisição de experiência deve ser fruto da prática contínua referente aos conteúdos, não bastando assimilar o dado referente à instituição da pessoa jurídica, senão elaborando um ato constitutivo de empresa com o detalhamento da modalidade de sociedade ou acessando um modelo bem elaborado de empresa já existente. Com isso, os acadêmicos devem sentir a possibilidade de eles mesmos acessarem o conhecimento, sem que isso implique em abandono dos meios adequados para atuar na relação de aprendizagem. Tomando por base o fato de que cada acadêmico organiza os dados acessados em conformidade com a sua graduação intelectual, o foco retorna para o professor com bastante ênfase e acentua a responsabilidade em conduzir os estudantes na trilha do saber jurídico. Diante da diversidade de acadêmicos, aqueles que não alcançarem padrões esperados para determinado período devem contar com auxílio especial para superar suas limitações, forçando o professor a dar mais atenção aos que mais necessitem. Sob a ótica do professor, tal atuação não passa de ponto já acusado em sua estratégia do plano de ensino¹³.

Embora muitos resistam aos indicativos aqui apontados, principalmente por sentirem indícios de desprestígio em acompanhar os acadêmicos com certo distanciamento, a verdade é que o papel do professor cerca-se de maior polimento pela satisfação de ter noção de que seu aprendiz vai caminhar com suas próprias pernas, isso desde que *aprenda a aprender*. Na identificação dos valiosos contatos entre professor e acadêmicos, a de natureza recíproca toma o espaço menor e isso se deve ao fato de a relação com o conteúdo tomar maior tempo do acadêmico.

Em poucas palavras, a interação entre professor e acadêmicos pode ser expressa pelo trabalho compartilhado com trocas inestimáveis de experiências, sem deixar de registrar tamanha influência positiva sobre os aprendizes. Depois de concluído o curso, o bacharel em direito deve buscar as fontes para ingerir conhecimentos em escalas consideráveis e aqui o professor tradicional acredita que o preparo recebido abre essa possibilidade. É que tal experiência não foi vivenciada na vida acadêmica e, sem justificativa plausível, as exigências são vorazes, como se o receptor de lições expositivas fosse convertido num jovem provedor que deve buscar o próprio alimento para alimentar seus filhos.

¹³ Antoni Zabala, *A Prática Educativa. Como Ensinar*, p. 90.

3. Proposta de Ensino

A proposta de ensino construtivista ainda nem foi concluída pelos teóricos que a desenvolvem e já leva especulações em diversos ramos do saber humano, despertando em nós esperanças nas relações de aprendizagem dos cursos jurídicos brasileiros. Na ousadia de incutir um novo formato na relação de aprendizagem, as resistências podem partir não somente dos professores, mas também dos acadêmicos que serão conduzidos a situações que deverão aprender por conta própria. Aliás, ao abandonar aulas expositivas para proporcionar outras atividades em sala de aula, o professor corre sério risco de ser acusado de deixar de cumprir com sua obrigação de dar continuidade às aulas tradicionais com explicações básicas e interpretações pessoais sobre fenômenos jurídicos.

Com mudanças radicais, o ensino jurídico vai encontrar nova capitulação depois da adoção das propostas construtivistas, posicionando melhor professores e acadêmicos no curso de direito. Mas, para tanto, todos devem compreender o teor das mudanças a serem implantadas, evitando atitudes inexplicáveis por conta dos próprios professores na condução das adaptações, bem como no acompanhamento dos processos cognitivos com os alunos¹⁴. De expectadores, os acadêmicos vão promover a própria atividade mental no processo de assimilação dos conteúdos que se depararam, tudo isso sob a orientação do professor, acentuando a preocupação do professor com os acadêmicos com maiores dificuldades para acessar o conhecimento. Nas palavras de Antoni Zabala, *promover a atividade mental auto-estruturante, que possibilita estabelecer relações, a generalização, a descontextualização e a atuação autônoma, supõe que o aluno entende o que faz e por que o faz e tem consciência, em qualquer nível, do processo que está seguindo*¹⁵. A nova organização dos estudos deve ser bem planejada pelo professor da disciplina, isso como continuidade do projeto pedagógico da faculdade de direito, permitindo a acomodação do professor e dos acadêmicos na nova forma de aprender. Na disposição dos elementos de aprendizagem, o professor deixa de irradiar o

¹⁴ Antoni Zabala, *A Prática Educativa. Como Ensinar*, p. 90.

¹⁵ Antoni Zabala, *A Prática Educativa. Como Ensinar*, p. 91.

conhecimento e os acadêmicos saem em busca dele com seu próprio intelecto. Na edificação de seu conhecimento, os acadêmicos vão atingir um grau de excelência com a autonomia didática para assimilar os dados encontrados.

Grande parte da responsabilidade pelo êxito do novo formato metodológico ainda em formação depende do professor, dada a necessidade de sua intervenção junto ao acadêmico, seja para auxiliá-lo com a compreensão das mudanças ou na aquisição e assimilação de conhecimento jurídico. Ao colher os primeiros resultados, o professor deve iniciar uma nova atividade tendente a motivar os acadêmicos a seguirem em frente com a aprendizagem. Ao conduzir os acadêmicos, o professor deve ter em mente o fato de ser contínua a assimilação do conteúdo pelos acadêmicos e esse processo exigir uma ordem lógica apresentada no plano de ensino.

4. Técnicas de Ensino

O ensino apresenta-se como um procedimento tendente a dar autonomia ao acadêmico na busca pelo conhecimento, estruturando os conceitos jurídicos básicos para avançar sobre temas mais complexos, tudo com a orientação e auxílio do professor¹⁶. Desfazendo a sistemática pedagógica tradicional no curso de direito, no qual o professor somente é tratado com agente, a proposta construtivista segue tratando o professor como agente, diferenciando nas atividades que lhes são atribuídas. A captação e o processamento do conhecimento serão elaborados pelas operações promovidas exclusivamente pelo acadêmico, fazendo dele agente expresso. Contrapõe-se aqui o professor como agente encoberto, sem que isso diminua sua importância na relação de ensino dos temas jurídicos.

A função de planejar pende sobre o professor e exige um planejamento elástico o bastante para bem direcionar os acadêmicos nessa nova investida. Para percorrer uma trilha do saber com êxito nas investidas, o professor deve conhecer os acadêmicos, bem como a capacidade de cada uma para fixar objetivos atingíveis, isso sem deixar de lado os esclarecimentos necessários para os acadêmicos compreenderem a natureza da atividade educativa a ser desenvolvida. No suporte didático, o professor coordena as

¹⁶ Antoni Zabala, *A Prática Educativa. Como Ensinar*, p. 92.

atividades de todos, sem deixar de prestar auxílio individual aqueles que encontrarem dificuldades procedimentais ou mesmo de conteúdo e, ainda, deve manter uma via para contatos para avaliar o aproveitamento de todos.

Na avaliação do grupo, os critérios devem ser diversos para atenderem aos esforços despendidos por cada um dos acadêmicos, já que a estima elevada do acadêmico contribui para a aquisição de outros conhecimentos.

5. Autonomia de Aprendizagem

O contato com o conteúdo deve ser realizado pelo acadêmico e os frutos colhidos devem ser compartilhados com o professor, permitindo avaliar o grau de autonomia atingida¹⁷. Não se pode ignorar a interação de professor e acadêmicos em torno da aprendizagem, uma vez que todos estão reunindo esforços para promover o ensino num formato que o acadêmico busque a sistematização de temas jurídicos, a formulação de definições, o acesso às especificações de cada instituto jurídico, os desdobramentos dos temas em espécies, enfim, todas as possibilidades práticas que circundem o instituto jurídico.

CONCLUSÃO

A conclusão aqui poderia tomar várias direções, pendendo para a implantação imediata de mudanças nas faculdades de direito, a preparação de professores para aplicar o método e a comunicação dos acadêmicos acerca das mudanças ou do método de ensino a ser desenvolvido. A respeito das faculdades de direito, para os desavisados, ter-se-ia a instalação de pânico nos pretensos bacharéis em direito, principalmente pelo fato de se abrir uma vala de conhecimentos que ele ainda não teve acesso e que jamais poderá acessar sem a falsa energia gerada pelas aulas expositivas. Não são poucos os bacharéis que se propõe a estagiar em escritórios, cartórios e delegacias, entre outros estabelecimentos, para a aquisição da autonomia intelectual para acessar o conhecimento por conta própria. É aqui que as contribuições construtivistas são bem

¹⁷ Antoni Zabala, *A Prática Educativa. Como Ensinar*, p. 93.

vindas, dando respostas compatíveis com a realidade em que vivemos, abrindo possibilidades confiáveis para os acadêmicos que deixam os bancos universitários para operar o direito no meio social e, com isso, dar sua contribuição para a transformação da sociedade numa sociedade mais justa.

Para o professor, o sentimento de dever cumprido deve ser o maior prêmio para o trabalho árduo desenvolvido, acentuando que a formação de cada acadêmico apresenta-se como idônea para o enfrentamento das dificuldades que possam surgir no dia-a-dia. Deveras, o cumprimento da missão docente consome muitos profissionais numa busca sem fim, ora de contentamento com a realidade aquém de todas as possibilidades de transmissão de conhecimentos ou mesmo com o sentimento de que o conhecimento foi passado por vias a serem otimizadas no futuro. Falsamente, alguns professores confiam muito na tecnologia aplicada ao ensino, contudo, a figura do professor sempre estará reservada, principalmente para articular as mudanças jurídicas e explicar a realidade vivenciada. Vale mesmo registrar que a aclamada oportunidade para o processo de aprendizagem chegou com as novas vestes, deixando o reinado do tablado para dar lugar às explicações e orientações direcionadas ao acadêmico ou ao grupo, ademais, assistamos a aposentadoria do quadro-negro com o nascimento da lousa digital.

Entre professores e acadêmicos, a humanização gerada com o tratamento personalizado e com a preocupação externada no decorrer do relacionamento de aprendizagem tem objetivo transformador do ambiente de ensino.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *A Crise da Advocacia no Brasil: Diagnóstico e Perspectivas*. 3ª ed., São Paulo: Alga-Omega, 1999.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Metodologia do Ensino Jurídico e Avaliação em Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LERBET, Georges. *Piaget*. Trad. Nadyr de Salles Penteadó, São Paulo: Nacional, 1976.

NÉRICI, Imídeo Giuseppe. *Metodologia do Ensino: Uma Introdução*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1989.

ZABALA, Antoni. *A Prática Educativa. Como Ensinar*. Trad. Ernani Rosa. Porto Alegre: Artemed, 1998.

ZABALA, Antoni. *Enfoque Globalizador e Pensamento Complexo: Uma Proposta para o Currículo Escolar*. Trad. Ernani Rosa. Porto Alegre: Artemed, 2002.

CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA CRIMINAL

Sebastião Augusto de Camargo Pujoll

A teoria geral do direito constitucional e o direito constitucional comparado apresentam diversas classificações para as constituições contemporâneas, dentre as quais avulta a *constituição suave (ou constituição dúctil)* de *Gustavo Zagrebelsky*, jurista italiano que integrou e presidiu a Corte Constitucional daquele país e que defendia a tese de que a constituição não contém exageros e exprime o pluralismo social, político e econômico da sociedade não consagrando preceitos impossíveis de serem concretizados^{1 2}.

Sobre o caráter das Constituições modernas diz *Gustavo Zagrebelsky* em tradução livre feita pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes em citação de determinado voto de julgado do Supremo Tribunal Federal :

*(...) As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma” (Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil : ley, derechos, justitia. Traducción de Marina Gascón. 9.º Edição. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2009, p.13).**

O citado publicista italiano explica que o pluralismo constitui uma exigência constitucional de toda sociedade pluralista que quer preservar-se como tal. Disso decorre a não prevalência de um só valor e de um só princípio, mas sim a salvaguarda de vários simultaneamente. Nesse diapasão convém pôr de ressalto que no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 o constituinte fez expressa referência a uma sociedade pluralista. E mais ainda. O constituinte inseriu no artigo 1.º, inciso V, da CF/88 o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

¹ Professor Mestre do Curso de Direito, no Centro Universitário Padre Anchieta (UNIANCHIETA)

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional* Editora Saraiva.2008, p.35.

Por outro lado o constitucionalista José Afonso da Silva anota no seu clássico curso de direito constitucional positivo, nas primeiras páginas, na informação ao leitor, que o constituinte fez uma opção muito clara por uma *Constituição abrangente*, assumindo a característica de *constituição-dirigente*, enquanto define fins e programa de ação futura, numa verdadeira orientação social democrática e dinâmica.

Feita essa introdução da teoria geral do direito constitucional, destaca-se que a respeito da Política Criminal o constituinte fez uma opção pluralista, assimilando tanto os preceitos do direito penal máximo ou direito penal da lei e da ordem (orientado pela expansão das medidas repressivas) quanto as concepções do direito penal mínimo (pautado pela mínima intervenção, em que a Constituição figura como limite intransponível à atuação punitiva do Estado).

Senão vejamos.

A Constituição da República de 1988 no Título II (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*), capítulo 1 (*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*), estipula, no artigo 5.º, inciso XLII, que *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*; e no inciso XLIII, que *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*. Com Gilmar Ferreira Mendes²³ considera-se que tais disposições legais configuram verdadeiros **mandados constitucionais de criminalização** e, destarte, manifestações constituintes do denominado **direito penal máximo**.

E paradoxalmente a isso, a mesma Constituição Federal de 1988 estipulou, no artigo 98, inciso I, a previsão da criação de Juizados Especiais Criminais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, o que caracteriza manifestação do denominado **direito penal mínimo**.

³ MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. Editora Saraiva. 8.º Edição. 2013, p.474.

Levando-se em conta as disposições constitucionais suso-citadas tem-se que o constituinte deferiu ao legislador ordinário liberdade de escolher a política legislativa criminal que entender mais adequada em busca da reta razão para enfrentamento da criminalidade.

E assim é que logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 o legislador ordinário promoveu tratamento diferenciado às diversas formas de criminalidade com base nas premissas constitucionais do direito penal mínimo e do direito penal máximo.

Bem por isso, tendo como ponto focal as premissas do direito penal mínimo, o legislador infra-constitucional promulgou a Lei Federal 9.099 de 26 de setembro de 1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais Criminais – *JECRIMs*, introduzindo no ordenamento jurídico quatro institutos denominados pela doutrina de despenalizadores, quais sejam : o acordo civil, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a necessidade de representação criminal como condição específica de procedibilidade para os delitos de lesões corporais leves dolosas ou culposas. E logo depois disso, sob a mesma batuta do direito penal mínimo, foi promulgada a Lei Federal 9.714 de 25 de novembro de 1998 ampliando as denominadas penas alternativas no direito penal brasileiro.

E sob a vertente do direito penal máximo, após a edição da Constituição Federal de 1988, foram promulgadas diversos diplomas repressivos, tais como a Lei 8.072 de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos) e a Lei 9.034 de 03 de maio de 1995 (Lei do Crime Organizado), posteriormente revogada pela recente Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013, conferindo tratamento mais severo para a criminalidade grave. A prudência da filosofia aristotélica já apontava no mundo antigo que a verdade encontra-se no meio termo. *Virtus in medium est*. Nem direito penal mínimo e tampouco direito penal máximo. Nesse sentido merece citação a lição da dogmática alemã acerca do princípio da proporcionalidade em sua dupla vertente de *proibição de excesso* e *proibição de proteção deficiente ou insuficiente*. Se de um lado é necessária a prevalência dos axiomas do garantismo penal, lado outro a defesa social não pode ser colocada num segundo plano sob pena da população ser desprotegida face à expansão da macrocriminalidade da sociedade de risco deste novo milênio.

E esse é o desafio do legislador penal de identificar a justa medida para proteção suficiente dos bens jurídicos penais sem excessos e sem proteção deficiente. O pêndulo da história do direito penal brasileiro vem demonstrando que este oscila entre o direito penal máximo como se viu na doutrina da segurança nacional e o direito penal mínimo das cestas básicas.

O sempre lembrado criminalista Manoel Pedro Pimentel já assentava que o crime não tem causas, mas sim fatores. O crime seria um fenômeno social inexplicável pela lei da causalidade, podendo ser avaliado pelas leis estatísticas com o escopo de formular-se um quadro de sua fatoraçoão criminógena.

Citando *Walter Reckless*, que foi conceituado professor de sociologia da *Ohio State University*, Manoel Pedro Pimentel assinala que são três as principais teorias criminológicas que procuram explicar a gênese dos delitos, a dizer : 1) *teoria biológica e constitucional* – também chamada escola de biologia criminal : defende a tese de que os móveis principais do desvio de conduta se encontram na estrutura hereditária física e mental do indivíduo; 2) *teoria psicogenética* segundo a qual a formação do caráter antissocial depende dos defeituosos relacionamentos familiares nos primeiros anos de vida; 3) *teoria sociológica* que entende que as pressões e as influências do ambiente social geram o comportamento delinquente.

Como já se disse alhures, se o preço da liberdade é o crime, há que se lembrar que o direito é liberdade, mas é liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. Na definição clássica de Immanuel Kant Direito é o *conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode acordar-se com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade*. Assim, a lei universal do direito recomenda: “*age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal*”.

Espera-se, pois, do legislador penal a prudência necessária para eleger a adequada política criminal ao editar normas penais incriminadoras seguindo a concepção de que a Constituição representa limite positivo ao Direito Penal, condicionando a proteção penal à natureza de direito fundamental do bem jurídico a ser tutelado, localizando o justo equilíbrio entre liberdade e segurança.

E mais ainda. Espera-se do legislador penal que siga as regras editadas pela Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998 que *dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.*

Alfim, espera-se do legislador penal que também siga as disposições do Decreto Federal n. 4.176, de 28 de março de 2002, que *estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências, notadamente sob a rubrica da Lei Penal, que dispõe : Art. 11. O projeto de lei penal manterá a harmonia da legislação em vigor sobre a matéria, mediante: I - a compatibilização das novas penas com aquelas já existentes, tendo em vista os bens jurídicos protegidos e a semelhança dos tipos penais descritos; e II - a definição clara e objetiva de crimes. Parágrafo único. A formulação de normas penais em branco deverá ser evitada.*

Assim agindo, seguindo essas premissas o legislador penal estabelecerá a Política Criminal em consonância com os preceitos constitucionais.

BIBLIOGRAFIA PESQUISADA

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional* Editora Saraiva. 2008.

ESTEFAM André e Victor Eduardo Rios Gonçalves. *Direito penal esquematizado : parte geral*. Coordenador Pedro Lenza. Editora Saraiva. 2.º Edição. 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. 6.º Edição. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. Editora Saraiva. 8.º Edição. 2013.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. Edita Revista dos Tribunais. 1983.

SILVA, José Afonso de. *Curso de direito constitucional positivo*. Editora Malheiros. 28.º Edição. 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil : ley, derechos, justitia*. Traducción de Marina Gascón. 9.º Edição. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2009.

BREVE OLHAR SOBRE DIREITO E HERMENÊUTICA

Clelia Gianna Ferrari¹

1. DIREITO: UMA ENGRENAGEM EM MOVIMENTO

É sabido que o ideal que permeia o Direito pós-moderno é, por meio de um sistema jurídico e de métodos adequados à sua interpretação e aplicação, realizar o valor ético da Justiça, como forma de implementar a dignidade da pessoa humana em sua plenitude jurídica, nas mais diversas áreas de atuação e de conhecimento do homem.

Para Miguel Reale, a Justiça é *“tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experiências axiológicas necessariamente plurais, distintas e complementares, sendo ao mesmo tempo a harmonia assim atingida”*²

Se a razão de o Direito existir é o bem estar social advindo da realização da Justiça, evidentemente que seu *material de pesquisa* é, em última instância, o próprio ser humano. Daí se inserir o Direito no rol das *Ciências Humanas*.

Ocorre que a cientificidade do Direito, porquanto Ciência Humana, sempre foi injustamente comparada à das ciências naturais, seja no que respeita a seus métodos, seja quanto aos seus resultados. É que o Direito trata essencialmente da conduta humana e dos fatos sociais dela gerados, dos quais o pesquisador sempre participará com algum grau de envolvimento.

Nesse sentido leciona Rizzatto Nunes:

*“O cientista é ao mesmo tempo pesquisador e pesquisado. Participa do mesmo fenômeno social investigado, sendo certo que até mesmo suas buscas influem no próprio processo de formação do comportamento humano que se investiga, o que, sem dúvida, traz mais angústia para o seio das já angustiadas ciências humanas, que lidam com objetos tão difíceis de serem captados.”*³

¹Bacharéu em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos - UNIMES; Professora da Faculdade de Direito da UNIANCHIETA - Jundiaí/SP, advogada em São Paulo e Região.

²Miguel Reale – Lições Preliminares de Direito, pg. 375. Ed. Saraiva – 27ª ed. 2007

³Rizzatto Nunes – Introdução ao Estudo do Direito; pg. 31. Ed. Saraiva – 6ª ed. 2005

A Ciência do Direito sempre será, pois, o resultado das opções de pesquisa e das convicções de seus estudiosos. E é mesmo daí que decorre o fato de a Ciência do Direito ser uma *ciência de opinião*, eis que, além de não *solucionar* ou *esvaziar* o tema jurídico posto sob análise – como ocorre nas ciências exatas e nas ciências biológicas – o resultado obtido é advindo de uma tomada de posição do pesquisador frente a posturas e condutas pesquisadas num determinado momento histórico da sociedade.

Ensina Miguel Reale:

*“Cada época histórica tem sua imagem ou a sua idéia de justiça, dependente da escala de valores dominante nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda a justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades todas do justo”*⁴

À parte as razões ético-jurídicas em que se fundamente o direito de uma sociedade num determinado momento histórico, é ele sempre um *resultado de opinião*. Num regime democrático, ele se inicia com a opinião do povo a respeito de suas questões fundamentais, gerando uma opinião – voto – em um representante. No plano do poder Legislativo, o direito positivo surge da opinião – voto – do representante-legislador, a qual, transposta na lei, se materializa na opinião – *argumentação* – dos juristas e dos advogados das partes na postulação do direito invocado para, finalmente, se efetivar na opinião – *convencimento* – dos juizes, como reflexo de uma *opinião social* acerca do *bom e do justo*. E, fechando o círculo que se reiniciará, a Jurisprudência, por sua vez, por ajustar a norma às situações concretas, influenciará a opinião – voto – dos legisladores no aprimoramento do sistema legal e assim por diante, consistindo o Direito, desta forma, numa engrenagem multifacetada, nem sempre adiante, nem sempre atrás do pensamento e das convicções sociais, porém sempre em movimento. E é por meio dessas opiniões, de sua evolução ou involução, que sua engrenagem se movimenta e realiza seus objetivos.

2. OS PARÂMETROS ATUAIS DA HERMENÊUTICA

⁴ Miguel Reale – ob. cit. pg. 375.

Partindo-se, pois, do Direito enquanto ciência humana baseada em opinião, mais se evidencia a importância da hermenêutica como elemento gerador, propulsor e transformador do próprio Direito, sendo a interpretação jurídica, em si, também uma opinião que, por sua vez, é passível de gerar, por meio de sua disseminação, um consenso – temporário ou duradouro – dentro da comunidade jurídica.

Atualmente a interpretação do sistema jurídico se funda cada vez mais numa visão personalista do direito, centrada na pessoa humana e na realização da justiça, mais do que na aplicação da letra da lei ou na defesa pura e simples de direitos patrimoniais, como o foi por longo período histórico, tantas vezes em detrimento da Justiça. É que não cabe, no Estado de Direito, simples reprodução incontestada do texto legal engessado e divorciado da justiça do caso concreto. Ao intérprete não cabe mais o papel de reproduzidor passivo da vontade do legislador, próprio do autoritarismo. E, focando-se na pessoa humana, o Direito se retira de seu egoísmo individualista, para lançar-se a um objetivo social. Como consequência, continua a proteger os direitos privados, delimitando-o, porém, ao coletivo.

Miguel Reale afirma que a idéia de justiça implica em *“constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade”*.⁵

Essa noção, por ele atribuída potencialmente à justiça, na verdade agrega a própria razão de ser da ética-jurídica vigente, estabelecida em prol da dignidade humana, de modo a propiciar que o homem realize suas potencialidades.

Evidentemente, o desenvolvimento de tais potencialidades requer ordenamento jurídico legítimo e regras hermenêuticas que lhe confirmem eficácia na aplicação ao caso concreto. O conteúdo formal perde espaço para o conteúdo ético,

Afirma Goffredo Telles Junior que a lei *“é um imperativo, um mandamento. Mas não é um imperativo qualquer. É um imperativo normativo, e isto quer dizer que a*

⁵ Miguel Reale – ob. cit., pg. 377.

*norma verdadeiramente jurídica é sempre um mandamento harmonizado com a normalidade, com a ordenação ética de uma comunidade humana”,*⁶

A efetividade das leis está sujeita à interpretação que lhe é dada na sua aplicação ao caso concreto. Tal interpretação também deve ser *legítima*, ou seja, fundada no contexto e nos objetivos do sistema jurídico, seja na fixação do sentido e do alcance da norma, seja quanto ao preenchimento de suas lacunas.

Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma:

*“A hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais ao projetá-los numa dimensão harmoniosa – o mundo do legislador racional – no qual, em tese, tornam-se todos decidíveis. Ela não elimina, assim, as contradições, mas as torna suportáveis”.*⁷

Para Paulo Dourado de Gusmão, interpretar o direito é estabelecer o sentido atual da norma, aquele que se depreende do texto ajustado à realidade social, de forma compatível com o texto interpretado e com o sistema jurídico.⁸

3. A QUESTÃO DA LINGUAGEM

Para Paulo de Barros Carvalho, a interpretação é uma atividade intelectual que se desenvolve à luz dos princípios hermenêuticos, cuja finalidade é a de aclarar o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas, ou melhor, interpretar é atribuir valores aos símbolos, adjudicando-lhes significações e, por meio dessas, fazer a devida conexão com os objetos, tendo-se a linguagem como instrumento da cultura.⁹

Seria, então, de se afirmar que a interpretação pressupõe, de um lado, a pessoa do intérprete e, de outro, o objeto a ser interpretado mediante um processo lingüístico de valoração. E que o ato de interpretar envolveria, portanto, um terceiro elemento além do intérprete (sujeito) e do direito (objeto): a linguagem.

Tércio Sampaio Ferraz Junior afirma que *“os autores jurídicos, em sua maioria, tem uma visão conservadora da teoria da língua, sustentando, em geral, no que se*

⁶ Goffredo Telles Jr – Iniciação na Ciência do Direito, pg. 207 – Ed. Saraiva. 3ª ed. 2006.

⁷ Tercio Sampaio Ferraz Jr – Introdução ao Estudo do Direito, pg. 304 – Ed. Atlas. 3ª ed. 2001.

⁸ Paulo Dourado de Gusmão – Introdução ao Estudo d Direito, pg. 233/234 – Ed. Forense. 35ª ed. 2005.

⁹ Paulo de Barros Carvalho *apud* Luiz Carlos Branco, ob. cit. pg. 60.

refere aos objetos jurídicos, a possibilidade de definições reais, isto é, a idéia de que a definição de um termo deve refletir, por palavras, a coisa referida.”¹⁰

Porém, para Lênio Streck, a separação entre intérprete, direito e linguagem integra um paradigma objetificante que precisa ser rompido, eis que “*desde sempre, intérprete e Direito já estão juntos no mundo através da linguagem.*”¹¹

E sustenta:

“Os textos jurídico-normativos e os fatos sociais não podem ser tratados como objetos.(...) Essa relação objetificante pode/deve ser rompida, introduzindo-se uma relação entre operador/intérprete do Direito e as normas/fatos sociais mediante uma ontologia fundamental onde o Dasein não é contraposto ao mundo das coisas e nem dele está apartado, mas sim, o Dasein¹² é/só-pode-ser junto com as coisas. Consequentemente, o intérprete do Direito não contempla o objeto (o Direito, os textos jurídicos, o fenômeno social, etc.), para, assim, (re)construí-lo. O intérprete é alguém já inserido – desde sempre – na linguagem da qual o objeto inexoravelmente faz parte. Sem essa dicotomia sujeito-objeto e superados os dualismos próprios da tradição metafísica clássica, o intérprete, ao interpretar, somente o faz ou pode fazê-lo a partir dos pré-juízos (pré-conceitos) oriundos da tradição, na qual está jogado. Não há mais um sujeito (intérprete) isolado, contemplando o mundo e definindo-o segundo o seu cogito. Há, sim, uma comunidade de sujeitos em interação (...) Já a compreensão desse “objeto” somente pode ser feita mediante as condições proporcionadas pelo seu horizonte de sentido, ou seja, esse algo somente pode ser compreendido como linguagem, a qual ele já tem e nela está mergulhado. A linguagem bão é, pois, um objeto, um instrumento, enfim, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Quando o jurista interpreta, ele não se coloca diante do objeto, separado deste por “esta terceira coisa” que é a linguagem; na verdade, ele está, desde sempre jogado na linguisticidade deste mundo do qual ao mesmo tempo fazem parte ele (sujeito) e o objeto (o Direito, os textos jurídicos, as normas, etc.). A atitude de pensar que ele, intérprete, está fora e/ou separado do objeto pela linguagem é alienante. Dito de outro modo: com isto ele não se considera co-produtor da realidade (da sociedade). A

¹⁰ Tercio Sampaio Ferraz Jr – ob. cit. p. 35.

¹¹ Lênio Streck – ob. cit. pg. 230

¹² *Dasein* é expressão heideggeriana para designar o *ser-aí*, ou seja, imediatamente o homem e o mundo ao mesmo tempo, em sua realidade finita imediata, entregue ao seu destino. Desse modo, o homem também não é uma mera coisa que reside inerte em um mundo da *necessidade*; pelo contrário, na medida em que compreende o ser, o homem se coloca no campo da *possibilidade*, da transcendência e elabora as possibilidades de sua existência. Quanto ao *conceito de existência*, Heidegger nos dá uma boa definição dele na Introdução (1949) à preleção *Que é metafísica?* (1929), em que diz: “A palavra existência designa um modo de ser e, sem dúvida, do ser daquele ente que está aberto para a abertura do ser, na qual se situa, enquanto a sustenta” (1989b, p.59). E logo a seguir, acrescenta: “Somente o homem existe. O rochedo é, mas não existe. A árvore é, mas não existe. O anjo é, mas não existe. Deus é, mas não existe. A frase: “o homem existe” de nenhum modo significa apenas que o homem é um ente real, e que todos os entes restantes são irrealis e apenas uma aparência ou a representação do homem. A frase o “homem existe” significa: o homem é aquele ente cujo ser é assinalado pela in-sistência ex-sistente no desvelamento do ser a partir do ser e no ser” . (Marco Aurélio Werle – A angústia, o nada e a morte em Heidegger - http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732003000100004)

*sociedade (o Direito) é (será) sempre o Outro (do latim alienus, que significa “o outro”)*¹³

Streck coloca, portanto, que sujeito, objeto e linguagem integram um mesmo todo inseparável no ato interpretativo, “*todo*” esse advindo, por outras palavras, do fato de que o intérprete é um ser vivo dotado de juízos e conceitos pré-existentes, oriundos de seu existir, de seu *ser-aí* na realidade em que se insere. E que esta “*verdade*” não pode e não deve ser bipartida ou tripartida, sem o risco de que o ato interpretativo termine por produzir um resultado meramente técnico, alheado da realidade e em relação ao qual o próprio intérprete não se veja como co-partícipe, co-produtor ou co-responsável.

CONCLUSÃO

É fundamental que o intérprete, porquanto operador do direito, se veja e atue, por meio da interpretação jurídica, como parte *produtora/propulsora* da engrenagem jurídica, independentemente dele se situar nesta ou naquela linha de atuação. Por outras palavras, seja ele criador ou executor de uma linha interpretativa, tem de se posicionar como alguém dotado de poder de análise, de capacidade de criação, transformação e realização, segundo *opinião*. Alguém inserido, portanto, como parte integrante, co-autora, que existe, se espelha e é espelhado na realidade contextual dos fatos sociais e jurídicos que se refletem no Direito e que são por ele refletidos.

BIBLIOGRAFIA:

BRANCO, Luiz Carlos – *Equidade Proporcionalidade e Razoabilidade*, 1ª ed. RCS Editora. 2006.

GUSMÃO, Paulo Dourado – *Introdução ao Estudo do Direito* – 35ª ed. Editora Forense, 2005.

REALE, Miguel – *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. – Ed. Saraiva. 2007.

¹³ Lenio Streck – ob. cit. pg. 229 a 230

_____ *A Função Social do Contrato* – artigo -
www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm

RIZZATTO NUNES – *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª ed. Ed. Saraiva. 2005.

_____ *Manual de Filosofia do Direito*, 1ª ed.; Ed. Saraiva. 2007.

_____ *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, 1ª ed. Ed. Saraiva, 2002.

_____ *A boa fé objetiva como paradigma da conduta na sociedade contemporânea* – artigo - www.saraivajur.com.br 2008.

SAMPAIO FERRAZ JR, Tércio – *Introdução ao Estudo do Direito*, 3ª ed. Ed, Atlas S/A. 2001.

STRECK, Lênio Luiz – *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 1ª ed. Ed. Livraria do Advogado, 1999.

TELLES JUNIOR, Goffredo – *Iniciação na Ciência do Direito* – 3ª ed. Editora Saraiva. 2006.

O PACTO DE PREFERÊNCIA NO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

Patrícia de Almeida Torres Oliveira¹

CONCEITUAÇÃO e CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O pacto de preferência é tratado nos artigos 414.º a 423.º, sendo também designado por pacto de prelação².

Consiste num acordo pelo qual alguém se obriga a dar preferência a outrem, na eventual conclusão futura de um determinado contrato, caso o promitente venha de facto a celebrá-lo e o beneficiário queira contratar em condições iguais às que um terceiro aceita.³

A lei fez menção expressa aos casos de preferência na venda, porém deve ficar claro que o pacto de preferência é figura mais geral, uma vez que o art. 423.º admite a assunção de obrigação de preferência em relação a outros contratos com ela compatível.⁴

Ressalta a doutrina que o instituto manifesta especial importância prática a respeito da compra e venda, e neste ponto se justifica a denominação pacto de preempção. Mas, o

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais

² - Em nota de n 1, pág 381, esclarece Almeida Costa que por vezes, os direitos de preferência são ainda designados de direitos de opção. Mas não se pode confundir os dois institutos visto que pacto de preferência é celebrado na previsão de um eventual contrato futuro, com proposta irrevogável derivada de um pacto de opção, em que só falta a aceitação do destinatário para que o novo contrato seja concluído.

O referido autor, ao tratar do contrato de promessa, faz menção ao pacto de opção, diferenciando os dois institutos. Segundo ele distingue-se contrao-promessa unilateral do pacto de opção, que consiste num acordo em que uma das partes se vincula à respectiva declaração de vontade negocial, correspondente ao negócio visado, e a outra tem a faculdade de aceitá-la ou não, considerando-se essa declaração da primeira proposta irrevogável. Esclarece por último que o entendimento acerca da matéria não é pacífico. Pág. 327-8 In Direito das obrigações.

³ - Cfme Almeida Costa, Mário Júlio, in Direito das Obrigações 7ª edição, Almedina, Coimbra 1998 pag. 381. De uma forma mais singela, Menezes Leitão define pacto de preferência como sendo ‘a convenção, pela qual alguém assume a obrigação de dar preferência a outrem na venda de determinada coisa.’ In Direito das Obrigações vol. I pág 248.

⁴ - Segundo Menezes Leitão, Direito das obrigações, op. cit. pág. 248. Esclarece-se que apenas estarão nessa situação os contratos onerosos, e que não sejam intuito personae.

referido instituto não é exclusivo da compra e venda podendo se verificar em qualquer um dos contratos onerosos em que se tenha estipulado uma preferência.⁵

O pacto de preferência é classificado como um contrato preliminar, da mesma forma encontra-se o contrato-promessa. Porém, apesar de ambos os contratos estarem inseridos na mesma categoria jurídica, contém traços distintivos.

Observa a doutrina, neste ponto, que no contrato-promessa, o promitente assume uma verdadeira obrigação de realizar o negócio prometido. De forma diversa se apresenta o pacto de preferência, no qual o promitente não assume uma obrigação ou vinculação pura e simples, mas sim condicionada. Ou seja, o promitente fica adstrito a dar preferência a outrem na realização de determinado contrato, mas compromete-se apenas em preferi-lo, tanto por tanto, se vier a existir um proposta contratual aceita pelo promitente. Tal facto deve ser comunicado ao promissário, para que este se manifeste se deseja ou não exercer a preferência em igualdade de condições em relação a um terceiro.

O pacto de preferência determina que o obrigado à preferência não se obriga a contratar, mas sim a escolher alguém como contratante caso decida contratar, e ainda se este lhe oferecer as mesmas condições que foram oferecidas em negócio proposto por um terceiro.⁶

O pacto de preferência pode ser entendido como sendo uma limitação da liberdade de contratar. As partes têm liberdade de querer contratar ou não, mas, poderá decidir celebrar um contrato, ficando sujeita à opção do beneficiário em igualdade de condições, resultando assim restringida à possibilidade de escolha de outro contratante.

⁵ - Observa a doutrina ao tratar do tema que o legislador português tratou da espécie como gênero, ao considerar inicialmente o pacto de preferência de forma especial ao contrato de compra e venda, estendendo posteriormente a possibilidade de inclusão em outras espécies contratuais, quando cabível. Por exemplo a locação, sociedade, direito de superfície, todos contratos onerosos em que se torna possível pactuar uma preferência. Segundo Almeida Costa, op. cit. pág 382.

⁶ - Conclui Menezes Leitão que ‘o pacto de preferência é assim a convenção pela qual alguém assume a obrigação de escolher outrem como contraente, nas mesmas condições negociadas com terceiro, no caso de decidir contratar’. Em continuação conclui que ‘o pacto de preferência é um contrato unilateral, uma vez que apenas uma das partes assume uma obrigação, ficando a outra parte (o titular da preferência) livre de exercer ou não o seu direito.’ In Direito das Obrigações, op. cit., pág. 249.

O mesmo se verifica nos casos de direito legal de preferência – arts. 1380º, 1409º, 1535º, 1555º, e 2130º.⁷

E ainda, o facto de as partes terem estipulado um pacto de preferência, terá por reflexo um certo desvio ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos.

A regra geral é que os contratos apenas produzirão efeitos entre as partes contratantes, não atingindo terceiros. Porém o Código Civil Português prevê as excepções admitidas ao facultar as partes contratantes a possibilidade de atribuir eficácia real a certos contratos, dentre os quais se incluem o contrato-promessa e o pacto de preferência.

O pacto de preferência é unilateral, vinculando apenas uma das partes contratantes – o beneficiário fica livre para exercer ou não o direito que lhe foi atribuído.⁸

REQUISITOS DE FORMA E DE SUBSTÂNCIA E TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO E DA OBRIGAÇÃO DE PREFERÊNCIA.

Determina o artigo 415 do Código Civil Português que aplica-se ao pacto de preferência o mesmo regime do contrato-promessa, disposto no artigo 410.⁹

O pacto de preferência deve ser submetido pura e simplesmente ao regime geral dos contratos, ressalvando-se apenas o requisito da forma.

⁷ - Cfme Almeida Costa, Mário Júlio, in *Direito das Obrigações* 7ª edição, Almedina, Coimbra 1998 pag.201, nota 1. O autor relata casos em que se terá uma obrigação de preferência estabelecida nos estatutos de uma sociedade comercial, nos seguintes termos: Art. 5º “No caso de estranhos pretenderem a totalidade de quotas existentes, não é lícito a qualquer sócio obstar à cessão total, se não tiver usado o direito de preferência, pelo que terá de ceder a sua quota ou as suas quotas nas condições e preço oferecidos” (in *Diário do Governo*, III Série, nº 41, de 18 de Fevereiro de 1975, pág. 944).

⁸ - A doutrina considera possível a existência de um pacto de preferência recíproco, citando como exemplo a convenção de preferência entre os condividentes numa partilha, mediante a possibilidade de algum deles alienar a sua parte. Cfme ALMEIDA COSTA, op. cit. pág. 382.

⁹ ALMEIDA COSTA posiciona-se no sentido de não caber, por equiparação ao contrato-promessa, as disposições aplicáveis ao contrato em que está inserido o pacto de preferência. Afirma que inexistente preceito exposto que determine a subordinação do pacto de preferência às disposições aplicáveis ao contrato a que se refira. No entanto, este entendimento não é unânime, defendendo em sentido contrário, que aplica-se o princípio da equiparação o Prof. MENEZES CORDEIRO. In *Direito das Obrigações* vol I pág 488 e seguintes. apud ALMEIDA COSTA, op. cit. pág 382-3 nota 1.

Isto significa que a regra geral para a sua validade não depende de forma especial, apenas se exigindo que o pacto de preferência conste de documento particular, se para a celebração do contrato preferível for exigido documento autêntico ou particular.¹⁰

E, segundo o n.º 2 do artigo 410, devido ao facto no pacto de preferência só existir apenas um promitente, faz-se necessária apenas a assinatura deste – daquele que se obriga à preferência.¹¹

Quanto ao n.º 3 do artigo 410, estabeleceu exigências específicas de forma para as promessas relativas à celebração de contratos onerosos de transmissão ou constituição de direitos reais sobre edifícios, construídos, em qualquer fase de construção ou apenas projectados. No entanto, nada declara sobre a extensão deste regime ao pacto de preferência com o mesmo objecto. A doutrina, ao estudar a matéria, questionou se aplicava-se ao pacto de preferência, quanto à forma, as precisas regras do contrato-promessa. Posicionou-se no sentido de não caber aplicação analógica ao contrato-promessa, ou interpretação extensiva.¹²

Quanto à transmissibilidade do direito e correlata obrigação de preferência, segundo o que dispõe o artigo 420º, são intransmissíveis, entre vivos e por morte, ressalvada estipulação expressa em contrário.¹³

¹⁰ - Neste sentido posicionou-se MENEZES LEITÃO In Direito..., op. cit. pág. 249. Ressalva-se porém que não há unanimidade na doutrina quanto a equiparação supra mencionada.

¹¹ - As partes podem contratar preferências recíprocas, recaindo estas sobre objectos diferentes. Com isso, quanto ao conteúdo, existirão dois pactos de preferência distintos, e, se constarem de um único documento, e em sendo exigida forma especial para o contrato preferível, ambos devem assinar o documento. Mas, por se tratarem de pactos distintos, a falta de assinatura de um dos contraentes não afetará a constituição da obrigação do outro. Segundo MENEZES LEITÃO, op. cit. pág 249 nota 513.

¹² - Neste sentido MENEZES LEITÃO, op. cit. pág. 249 e ALMEIDA COSTA, op. cit., pág. 383 nota 2. Acrescenta ALMEIDA COSTA que: ‘Nada se declara sobre a extensão deste regime ao pacto de preferência com o mesmo objecto. Ora, visto que, por expressa remissão do art. 415.º, se aplicavam ao pacto de preferência, quanto à forma, as precisas regras do contra-promessa, surge uma dúvida natural: será que o legislador “dixit minus quam voluit”, devendo-se alargar ao pacto de preferência a disciplina do n.º 3 do art. 410? Propende-se para a solução negativa, embora no sistema da nossa lê ocorra manifesta aproximação entre o pacto de preferência e o contrato-promessa. As razões que explicam tais particulares cautelas do n.º 3 do art. 410.º a respeito deste exemplo, a posição de um promitente-comprador diante de um promitente-vendedor, ou, inclusive, e Ada contraparte de uma promessa unilateral de venda, apresenta-se algo diversa e mais carecida de protecção cuidadosa do que a do simples beneficiário de um direito de preferência em face da pessoa que se obrigou a conceder-lha. Não se verificam os pressupostos do recurso a uma aplicação analógica ou interpretação extensiva.’ Idem, nota 2.

¹³ - Afirma ainda ALMEIDA COSTA que a transmissibilidade do direito de preferência poderá resultar da natureza do contrato, tacitamente, independente de qualquer menção expressa neste sentido. In Direito

OS DIREITOS DE PREFERÊNCIA COM EFICÁCIA REAL

De maneira geral, o pacto de preferência apenas irá produzir efeitos meramente obrigacionais, conferindo ao seu titular um direito de crédito exigível do preferível. Esse direito, devido à sua natureza creditória, será relativo e oponível apenas à parte contrante que se obrigou à preferência, inexistindo oponibilidade contra terceiros.

No entanto, admite a lei civil no art. 421 que, poderá por convenção entre as partes, ganhar o direito de preferência eficácia real, desde que respeitados requisitos impostos em lei, a saber:

- em se tratando de bens imóveis, ou móveis sujeito a registro, deve ser respeitado o requisito de forma e publicidade. Com isso, em se tratando de direito de preferência relativo a bens sujeito a registro, deve o pacto ser celebrado por escritura pública;
- quando não for exigida em lei a forma pública para o contrato prometido, sendo este feito por contrato particular com a assinatura do obrigado, é necessário o reconhecimento da assinatura da parte que se vincula, ou de ambas as partes, quando se tratar de contrato bilateral.¹⁴

Além das hipóteses supra mencionadas, existem outras hipóteses de preferência estipuladas na lei, denominadas na doutrina de *preferências legais*. São situações em que a lei excepcionalmente concede a determinados titulares de direitos reais ou pessoais de gozo, sobre determinada coisa, a preferência na hipóteses de venda ou entrega da coisa, objecto deste direito, para o cumprimento de uma obrigação. Como hipóteses dessas preferências legais temos a preferência na aquisição da fração ideal da propriedade em comum, e a preferência do arrendatário na hipótese de venda do bem arrendado.

As preferências legais se caracterizam por terem sempre eficácia real, permitindo que o titular deste direito imponha a sua preferência contra terceiros.

das Obrigações, op.cit. pág 383. Neste sentido também posicionou-se PIRES de LIMA e ANTUNES VARELA, In Código Civil Anotado, vol 1 pag. 396, anotação 1 ao art. 420.

¹⁴ - Segundo o disposto no artigo 413.º nº 2, com redacção determinada pelo Dec. Lei. N.º 379/86 de 11-11.

Neste ponto a doutrina coloca um questionamento sobre eventual conflito entre os direitos legais de preferência e a atribuição de eficácia real ao pacto de preferência.

A questão é solucionada pela lei, ao determinar que o direito de preferência convencionado entre as partes por meio de pacto de preferência não poderá prevalecer sobre os direitos reais de preferência.¹⁵

OBRIGAÇÃO DE PREFERÊNCIA

O regime da obrigação de preferência é estipulado em lei, nos artigos 416º a 418º.¹⁶

Iniciaremos analisando o artigo 416.º Dispõe que, ao pretender vender a coisa objecto da preferência, deve o preferível comunicar o preferente do projecto de venda e das cláusulas e condições contratuais.

Recebida a comunicação, deve o titular da preferência exercer o seu direito, sob pena de caducidade, no prazo de 8 dias ou qualquer outro que se tenha convencionado.

A regra estabelecida em lei é questionada quanto a sua clareza pela doutrina. São levantadas algumas dúvidas interpretativas, dando azo a discussão doutrinária neste âmbito.

O primeiro questionamento feito pela doutrina refere-se à notificação da preferência. Estabelece a lei que ‘o obrigado deve comunicar ao titular do direito o projecto de venda’. Mas não exige que esta comunicação seja feita de forma específica. O mesmo se diz em relação ao exercício deste direito, o que faz surgir dúvidas quanto à forma de se cumprir a referida exigência legal. Entendem alguns doutrinadores que, diante da omissão da lei, pode ser feita a comunicação até mesmo oralmente.¹⁷

¹⁵ - A solução fixada em lei parece ser a mais lógica, visto que não faria sentido poderem as partes estipular uma preferência que pudesse se sobrepor à preferência legalmente atribuída.

¹⁶ - A doutrina ressalta o facto de o regime legal previsto para a obrigação de preferência estipulada ente as partes, é aplicável também aos direitos de preferência estipulados pela lei, ou seja, aqueles que independem de convenção das partes neste sentido.

¹⁷ - Neste sentido MENEZES LEITÃO, In Direito das Obrigações pág.251, citando em nota GALVÃO TELLES, no mesmo sentido.

Em que pese ser admitida a forma oral de comunicação, as partes tem buscado efetuar-la na forma escrita, evitando posteriores questionamentos e dificuldades na elaboração da prova.

Ademais, deve-se considerar que a compra e venda geralmente não se efectua num único acto. É feito o convite para contratar, e daí se seguem inúmeras negociações até que se chega a um acordo final.

É importante esclarecer que a comunicação para o exercício da preferência não pode ser considerada com a simples notificação de que se pretende vender o bem objecto da preferência.¹⁸

Só se terá cumprido o requisito da comunicação quando estiverem sido encerradas as negociações com o terceiro, fechando-se o acordo final de venda. Neste momento deve ser comunicado o preferente para que exerça a sua preferência em igualdade de condições com o terceiro. Devem constar neste acordo final de venda as cláusulas contratuais, fixação de preço e condições de pagamento.

Se for encaminhado para o conhecimento do titular da preferência, um simples proposta contratual ou convite a contratar, a rejeição deste por parte do titular da preferência, por si só não determina a perda deste direito.¹⁹

Outra questão que merece ser considerada é o facto da lei ter exigido que a comunicação se dê quanto ao projecto de venda e as cláusulas do respectivo contrato. Ao assim dispor fixou a obrigatoriedade de ser comunicado não só a intenção de vender mas também as cláusulas do respectivo contrato.

Não basta indicar apenas os elementos gerais do negócio jurídico, mas também devem ser comunicadas todas as estipulações particulares acordadas, e que sejam relevantes para a decisão de exercício do direito de preferência.²⁰

¹⁸ - Leciona MENEZES LEITÃO que: ‘Por outro lado, ao se referir ao projecto de venda e às cláusulas do respectivo contrato, parece claro que a comunicação da preferência tem que estabelecer por referência a existência de um contrato preferível, não podendo ser considerada como comunicação para preferência a emissão de propostas contratuais ou de convites a contratar’ Idem pag 251.

¹⁹ Esclarece a doutrina que ‘mesmo que o contrato preferível tenha exactamente o mesmo conteúdo que a proposta ou convite rejeitados’, não determina a perda da preferência em caso de ter sido comunicação a ele um simples proposta ou mero convite a contratar. No entanto ressalve que se ‘vier a ser celebrado o contrato em consequência dessa proposta ou convite, o direito de preferência extinguir-se-á por inutilidade.’ Segundo MENEZES LEITÃO op. cit., pág. 251-2.

²⁰ - Esclarece-se neste ponto que apenas haverá a possibilidade do exercício da preferência se o preferente oferecer a compra em igualdade de condições com terceiro. A comunicação deve ser feita de forma a dar

É necessário ser dado todo o conhecimento ao preferente acerca das condições do negócio jurídico para que este possa refletir e decidir se deseja ou não contratar. Devem ser comunicados todos os elementos que se mostrem significativos para a formação da vontade de exercer ou não a preferência.²¹

E ainda, levanta-se o facto de ter sido omissa a lei quanto à necessidade de constar o nome do terceiro na comunicação, com o qual foram negociadas as condições objecto da comunicação.

Não há unanimidade na doutrina ao tratar do tema.

A primeira posição que merece destaque é defendida por OLIVEIRA ASCENÇÃO,²² ao entender que a lei faz apenas referência a cláusulas do contrato, não podendo ser considerado abrangido o nome de terceiro nessa referência, de forma a constar necessariamente nesta comunicação a pessoa com quem está sendo negociado o bem objecto da preferência.

Outra posição é a de GALVÃO TELLES e MENEZES CORDEIRO, entendendo que deve constar o nome de terceiro na comunicação da preferência em atenção ao princípio da boa-fé.

Por último, a posição defendida por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA²³ que sustenta que o nome do terceiro não necessariamente deve constar da comunicação,

BIBLIOGRAFIA

ao preferente o conhecimento da exacta condição da venda entabulada, para que prefira em relação a terceiro. Ao decidir situação em que se questionava a violação do direito de preferência, assim entendeu a jurisprudência que a venda por preço superior ao notificado ao titular da preferência, que deixou de exercer-la tempestivamente, não consubstancia 'alteração essencial' permissiva de novo exercício daquele direito, que deve considerar-se ter cauducado. (Acórdão do Sup. Trib. de Just., de 3-III-1983, com anotação de ANTUNES VARELA, in 'Rev. de Leg. e de Jur.' ano 120 pag. 19 e segs.) apud ALMEIDA COSTA, op. cit., pág 385 nota 2.

²¹ - A jurisprudência, ao decidir sobre a matéria, acrescenta ainda que 'a boa-fé manda que o titular do direito de preferência seja informado de qualquer circunstancialismo que tenha por necessário para ponderar o exercício do seu direito (in 'Actual. Juríd.', cit., ano 2, nº 9, pag. 10, sob nº 2063) apud ALMEIDA COSTA, pag. 384, nota 2.

²² - In Preferência do arrendatário habitacional, notificação, caducidade, renúncia. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1992, ROA 53 (1993), págs 673-708 (691 e ss) apud MENEZES LEITÃO, op. cit. pág 252 nota 516.

²³ - In Código Civil Anotado, Volume I (arts. 1º a 761), 3ª edição, seguidos por CARLOS BARATA, in Da obrigação de Preferência apud MENEZES LEITÃO, op. cit. pág. 253 nota 518.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 7^a edição revista e actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 1998

LIMA, Fernando Andrade Pires de VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado*. Volume I (arts. 1^o a 761), 3^a edição Revista e Actualizada Coimbra Editora

MENEZES LEITÃO, Luis. *Manuel de Direito das Obrigações*. Volume I, 5^a edição, Almedina

DELAÇÃO PREMIADA NOS CRIMES ECONÔMICOS

Juliana Caramigo Gennarini¹

RESUMO: Análise e aplicabilidade do instituto no Direito Penal Brasileiro.

Palavras chave: Delação premiada – Apontamentos – Crimes Econômicos – Críticas.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal tem a função de eleger e regular os comportamentos, que são mais graves à coletividade, e indicá-los como infrações passíveis de sancionamento. O objeto deste, portanto, é a conduta humana e, como a sociedade está sempre em constante desenvolvimento (novas condutas são criadas, outras são modificadas), esse comportamento leva ao Direito Penal a imposição de seguir e constantemente transformar-se. Com ele, também segue a ciência processual.

A deficiência do Estado não se restringe à atividade legislativa, que se dá pela tipificação de condutas e sua respectiva sanção penal, mas também quanto aos mecanismos de repressão e prevenção à nova criminalidade.

Diante da insegurança jurídica criada pelo surgimento destes novos crimes, em especial aos fatos praticados contra a ordem econômica e o sistema financeiro nacional, o legislador criou no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da delação premiada, por meio das Leis 8.072/90, 9.034/95, 9.080/95, 9.613/98, 9.807/99 e 11.343/06.

O instituto, mesmo após dezesseis anos da primeira previsão legislativa, ganhou repercussão e visibilidade na mídia brasileira com o requerimento do traficante internacional de drogas, Juan Carlos Ramirez Abadía, preso em São Paulo, pela Polícia

¹ Advogada. Especialista em Direito e Processo Penal – Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora Universitária do Centro Acadêmico Padre Anchieta – Unianchieta – nas disciplinas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica.

Federal do Estado, em 07 de agosto de 2007, acusado de tráfico internacional de entorpecente e lavagem de dinheiro.

A organização criminosa, liderada por Abadía, vendia cocaína na Europa e nos Estados Unidos da América, local em que possuía ampla rede de distribuição. O lucro obtido pela venda do entorpecente nos Estados Unidos era retirado do país pelo México e, pela Espanha. O dinheiro era transferido para o Uruguai que, após, era empregado em diversas empresas de Abadia no Brasil, operadas por “laranjas”, “lavando” o dinheiro que entrava no País, tornando-o lícito.

O instituto da delação ainda apresenta muitas questões que precisam ser dirimidas, não só quanto a sua natureza mas, também, quanto a sua aplicação, beneficiário, momento de verificação, forma, quem pode concedê-la, etc, e, à vista destes questionamentos, é que será analisado.

II. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Segundo Bobbio², o Estado Democrático de Direito “*compreende um governo sub lege e per leges, o qual só o poder político cria o direito*”. Este último é formado por complexo normativo, conjunto de normas com o fim de regular e limitar o poder do Estado.

Ao Direito Penal foi conferida a função de regular a regra de convivência e conduta dos indivíduos na sociedade, impondo-lhe status de *ultima ratio*. Não é ele imutável, até porque o comportamento humano, por não ser estático, exige constante modificação tanto no que se refere ao desenvolvimento social quanto econômico. Essa alteração comportamental levou ao Direito Penal a necessidade de estar em constante mutação, criando condutas e alterando as já existentes, sempre com o condão de coibir práticas que podiam ferir a convivência dos indivíduos na sociedade.

E não é só o Direito Penal que passa por alterações. A ciência Processual Penal também necessita se atualizar, para que, ao lado do direito material, possa auxiliá-lo na aplicação do “*Jus Puniendi*” do Estado.

² BOBBIO, Norberto. O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. Paz e Terra. 1997. p. 156/157.

É importante ressaltar que em qualquer manual de Direito Penal – e aqui nos referimos à todo e qualquer ordenamento jurídico do mundo -, sempre encontraremos dois conceitos que se complementam entre si: o delito e a pena. O primeiro, constante numa conduta proibida e punível pela lei. A segunda, como consequência jurídica da infração, uma retribuição do mal.

Conforme ensina Claus Roxin³, “*Un estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino del Derecho Penal*”.

Essa proteção refere-se aos limites da pretensão punitiva do Estado. O “*Jus Puniendi*” determinará sua imposição, estabelecerá o reconhecimento por parte do seu titular conferindo-lhe proteção jurídica por meio de garantias.

Uma das finalidades do Direito Processual Penal é proporcionar ao Estado a utilização de um poder-dever, que visa reprimir as condutas praticadas pelos seus cidadãos, atos esses que afrontam ou transgridam normas criadas com o fim de harmonizar o convívio de seus pares na sociedade. Nesse passo, as condutas que se choquem com o Direito (normas jurídicas) deverão ser sancionadas para que essa harmonia seja assegurada.

É preciso, portanto, que certas regras e formalidades sejam observadas para assegurar a aplicação da justiça sem abusos e ilegalidades.

Com a prática de um fato definido como infração penal, cria-se para Estado o direito de punir, o “*Jus Puniendi*”. A ele incumbe buscar a materialidade do delito e sua autoria. Essa procura efetivar-se-á, preliminarmente, com o inquérito policial e, após, com o processo-crime.

Recentemente, em mais um momento de transformação do Direito Penal, o ordenamento jurídico criou a delação, com o fim de auxiliar a “*ultima ratio*” a determinar e sancionar o autor da conduta prevista como crime.

A delação já existia nos mais remotos tempos e conquistou lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos do mundo, principalmente, com o desenvolvimento de condutas criminosas mais complexas, criadas a partir de um avanço sócio-econômico dos povos.

³ ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general, tradução de LUZÓN PEÑA, DÍAS y GARCÍA COLLEDO y REMENSAL, Madrid, Ed. Civitas, 1997, parágrafo 5º, I, p. 137.

Nos delitos comuns e há muito previstos nos ordenamentos jurídicos, o homicídio e o furto, por exemplo, as idéias penais defendidas nas escolas penais (vingança privada, pública, escola clássica, escola positiva e a alemã moderna) eram a eles aplicáveis necessitando, apenas, de um certo ajuste ao longo dos tempos. No entanto, com a criminalidade organizada, a transnacionalidade do crime, o avanço tecnológico-científico, representados pela informática e seus derivados, transformaram a visão que se tinha sobre o crime e seu delinqüente.

Com essas modificações, a sociedade também teve que buscar novos instrumentos e idéias que pudessem alterar o sentido que o crime apresentava, buscando a melhora na repressão desses como, também, em sua prevenção.

Foi com essa finalidade que alguns institutos tiveram que se transformar. Dentre eles o da delação.

DELAÇÃO PREMIADA

Considerações Preliminares

Com a introdução da delação no ordenamento jurídico pátrio, resta evidente a preocupação da sociedade, no que se refere aos seus representantes constitucionais, em legislar, com o fim de buscar, de forma mais eficaz, a verdade dos fatos dentro da “*persecutio criminis*”.

É certo que sua criação foi mais política do que jurídica, pois, com a sua instituição, buscou-se criar um estímulo àqueles infratores que pudessem colaborar com a justiça, não só na solução do crime praticado como, também, no desmantelamento de organizações criminosas criadas com as mais diversas finalidades.

A delação e a confissão são consideradas como meios de prova, dentre àqueles que podem ser produzidos no processo. São institutos diferentes, muito embora, no Direito Brasileiro, a delação não existirá sem que a confissão a acompanhe.

Para muitos, o instituto da delação não passa de uma traição, na qual um dos comparsas do crime indica seus companheiros na prática do delito, em troca de um benefício penal. Nesse sentido, a delação e, por conseqüência, a traição, são consideradas como desvalores.

Alberto Silva Franco ensina: *“Dá-se o prêmio punitivo por uma cooperação eficaz com a autoridade, pouco importando o movel real do colaborador, de quem não se exige nenhuma postura moral, mas antes, uma atitude eticamente condenável. Na equação 'custo benefício', só se valora as vantagens que possam advir para o Estado com a cessação da atividade criminosa ou com a captura de outros delinquentes, e não se atribui relevância alguma aos reflexos que o custo possa representar a todo o sistema legal enquanto construído com base na dignidade da pessoa humana”*⁴.

Deve-se considerar que o conceito de moral não pode ser absoluto, uma vez que as constantes transformações da sociedade, principalmente no que tange ao tempo, lugar e circunstâncias, impõem a ela uma relativização de sua definição.

A natureza da delação, segundo alguns estudiosos, decorreria de uma variante do Princípio Constitucional da Legalidade, denominado Princípio do Consenso, que permitiria às partes entrarem num acordo, em que o acusado anuiria com a imputação penal a que lhe fora imposta, em troca de um benefício legal pela delação perpetrada.

Tal princípio pode ser melhor visualizado no Direito Espanhol e Italiano, conforme citação de Marcelo Batlouni Mendroni: *“Na Espanha, ao mesmo tempo em que determina ao Ministério Público que atue em obediência ao Princípio da Legalidade (Constituição Espanhola), permite-se em determinados dispositivos da LECr (Ley de Enjuiciamiento Criminal), que atue com base no Princípio do Consenso. Os exemplos estão nos artigos 789.5.5a, 791.3, 793.3, casos em que o Promotor de Justiça pode fazer uma petição conjunta com o acusado para uma concordância com a acusação. Na Itália igualmente, apesar da previsão do Princípio da Legalidade do 'Codice de Procedura Penale' admite-se a aplicação do Princípio do Consenso, por exemplo, nos artigos 483, 444 y 458”*⁵.

Em que pese à discussão sobre a moralidade do instituto, ela está aí pronta para ser aplicada dentre os demais meios probatórios previstos no ordenamento penal.

Conceito

Delação é *“o ato ou efeito de delatar; acusação secreta; denúncia; divulgação de algo ignorado ou secreto; mostra, revelação”*⁶.

⁴FRANCO, Alberto Silva

⁵MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado. Editora Juarez de Oliveira.

⁶HOUAISS. Dicionário da Língua Portuguesa – www.uol.com.br/houaiss.

Há os que apontam sua origem “*na palavra latina delatio, ónis, de deferre (na acepção de denunciar, delatar, acusar, deferir)*”.⁷

Significa, portanto, uma denúncia ou acusação praticada por uma das pessoas que participaram da conduta delituosa, traindo seus companheiros, com a finalidade de receber um “prêmio” por essa “entrega”. A troca esperada pelo delator poderá dar-se tanto no **abrandamento da penalidade quanto na não aplicação de qualquer sanção pelo ato ilícito praticado.**

Para José Q. T. De Camargo Aranha, a delação “*ou o chamamento do co-réu, trata-se da confissão do acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato, a atribui a um terceiro a participação como seu comparsa*”⁸.

Cumprе relembrar que na exposição de motivos do Código Penal de 1940, Decreto-Lei n.º. 2.848/40, determinou-se a abolição da distinção entre autores e cúmplices, ou seja, todos os indivíduos que praticavam ato dentro do “*iter criminis*” passavam a ser considerados autores do crime. Com esse entendimento, o código optou pela adoção da teoria monista, entendendo ser o crime único e indivisível, tanto no caso da autoria, quanto no da co-participação. Para que o concurso de agentes existisse, bastaria que cada um dos concorrentes na prática delituosa tivesse conhecimento de que concorreram para a ação de outrem.

3. Origem

O instituto da delação não é criação do Ordenamento Jurídico Brasileiro, pelo contrário. Sua origem remonta a países do continente europeu e norte-americano.

Os primeiros países que se reportaram ao instituto e buscaram sua aplicação foram, dentre outros, a Espanha, Itália, Alemanha e Estados Unidos.

No Direito Espanhol, a figura da delação foi prevista e regulamentada a partir da “*Lei dos Arrepentidos*”.

A mais antiga menção ao instituto deu-se no Direito Penal Castelhana, no século XVI, conforme anota Luis María Bunge.

⁷SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, São Paulo, Forense, 1981. v. 2, p. 488.

⁸ARANHA, José Q. T. De Camargo. Da prova no Processo penal. 5ª ed. São Paulo. Saraiva.

“En el derecho penal castellano el objeto de facilitar la delación, la ley solía advertir que se mantendría en secreto el nombre del delator, permaneciendo éste en el anonimato; iniciándose el proceso por denuncia. Muchas veces el fiscal o algún alguacil hacían las veces de denunciantes. Estos delatores participaban de la pena pecuniaria en la proporción de un tercio; otro, era para el juez y el restante, para la Cámara Real. También se solía permitir la delación de los 'socios del delito' (socii criminis), que era admitida por juristas tan prestigiosos del siglo XVI, sosteniendo que em los delitos que no pueden em forma verosímil ser cometidos sin socios y el partícipe pueden ser testigos”⁹.

No Código Penal Espanhol de 1886, a autoria e a participação delitiva foram previstas nos artigos 25 a 33, através de normas gerais sobre a prática de delitos em bando ou associação.

Especificamente, a cooperação com a autoridade para a denúncia de seus comparsas (delação) está prevista no artigo 29 do Código Penal Espanhol e assim prevê:

“Art. 29: El partícipe de un complot que no haya cooperado á la ejecución, quedará exento de pena si denuncia el complot á la autoridad”¹⁰.

Em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Jacinto Nelson de Miranda Carvalho apresenta a narrativa histórica, no mínimo curiosa, da figura da delação no ordenamento jurídico italiano, in verbis.

“No artigo 348 bis do Código de Processo Penal Italiano de 30 que, com a Legge 8 agosto 1977, n.º. 534 instituiu os 'Provvedimenti Urgenti' e criou-se o 'Interrogatorio libero di persona imputata di reati connessi'. Os italianos não queriam abrir mão da estrutura democrática de forma alguma, mas chegaram, a um ponto em que não teve outra solução. Era necessário o desencadeamento de uma modificação daquelas que solucionaria o problema e chegaria a conclusão de que o arranjo menor que se poderia ter no sistema era criar um bis para o artigo 348 e, no interrogatório livre, abrir a possibilidade de arranjo a quem se arrependesse e fosse delatar os outros. Foi assim que se debelou as conhecidas 'Brigate Rosse'. Em relação à máfia, contudo, não só não se conseguiu um resultado satisfatório, como levou ao sacrifício das vidas de dezenas de parentes dos chamados 'pentiti’”¹¹.

⁹CAMPOS, Luis María Bunge, Delatores, Informantes y Casos Análogos, NDP – Nueva Doctrina Penal , 1999. Ed. Del Puerto S.R.L. Buenos Aires. p. 778

¹⁰Inbiden – p. 779

¹¹COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Mesade Estudos e Debates. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) n.º 159, ano 13, Fevereiro de 2006. p.7.

Em 1982, a delação aparece, novamente, com a Lei “*Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale*”¹². Há, ainda, menção do instituto em outros dispositivos, por exemplo, contra o terrorismo, editados em 1991, nos quais contemplaram a figura do “*patteggiamento*” (acordo) e dos “*pentiti*” (sujeitos que, ao se desvincularem dos grupos terroristas, cooperavam com as autoridades com a finalidade de desarticulá-los).

Na ótica de alguns estudiosos, os “*Pentiti*”, eram denominados como “*sujetos que confiesan sus propios crímenes y proporcionan a la autoridad informaciones necesarias para la reconstrucción del hecho y la individualización de los participantes em el delito, signo indiscutible de la importancia da esta problemática dentro del ordenamiento juridico-penal*”¹³

A colaboração de pessoas pertencentes à Máfia, também na Itália, através da Operação Mãos Limpas (*Operazione Mani Pulite*), foi decisiva para o restabelecimento do Estado Italiano, que teve a função de desarticular as organizações criminosas (Máfias), tornando a figura da colaboração o principal meio de investigação e acusação para a prisão dos mafiosos.

No Direito Norte-americano, o instituto aparece na figura da “*plea bargaining*”, considerado como uma forma de auto-composição de litígios, tendo sido criado como medida de política criminal.

Consiste em acordo firmado pelo órgão acusador e a defesa do acusado, num verdadeiro ato de barganha, com a finalidade de declarar a culpa do réu (confissão) e, com isso, possibilitar a concessão de benefícios que, em muitas vezes, apresentam-se verdadeiros absurdos.

A introdução da delação premiada, da interceptação telefônica, a proteção aos réus colaboradores e o dever de comunicação de movimentações bancárias elevadas, foram introduzidas no Direito Norte-Americano através da “Lei Ricco”, separando o Brasil dos Estados Unidos em quatro décadas, no que tange a criação e regulamentação desses institutos.

¹²KOBREN, Juliana Conter Pereira. Apontamentos e Críticas à Delação Premiada no Direito Brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, a.10, n. 987, 15 de março de 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>. Acesso em: 15 mar. 2006.

¹³MUSCO, Enzo. Laos colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia. Revista penal, Universidade de Huelva, Salamanca, Univesidade de Castilla-La Mancha, n. 2. p.35, 1998.

No Direito Alemão, a figura da delação aparece com a denominação de “colaboração” na figura da “*Kronzeugenregelung*”. O acusado, cooperando com a Justiça, poderá ter sua pena reduzida ou, até mesmo, a não aplicação da sanção penal.

A Delação também aparece na legislação de Direito Internacional, principalmente nos textos jurídicos redigidos pelos blocos econômicos, como por exemplo, na Recomendação de 1996, do Conselho da Europa, que possui como objeto a colaboração de agentes com a justiça, os quais buscam proporcionar a identificação e desmantelamento da criminalidade organizada.

No ordenamento jurídico pátrio, a delação remonta às Ordenações Filipinas (1603 -1830). Nesse documento, podemos citar o aparecimento do instituto no Título VI, item 12, mencionado no crime denominado “*Lesá Majestade*”.

Porém, é no Título CXVI do mesmo instrumento que o tema foi abordado com a rubrica “*Como se perdoará aos malfetores que derem outros à prisão*”. Em razão dela, se proporcionava a premiação, inclusive com o perdão aos criminosos delatores de delitos alheios.

Previsão Legislativa

No Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848), promulgado em 07 de dezembro de 1940, já se previa uma figura parecida à delação, a denominada atenuante genérica, prevista no artigo 65, inciso III, alínea “b”, que tinha por finalidade atenuar em um “*quantum*” a pena aplicada. Tal benefício é concedido ao autor do fato que, espontânea e eficazmente, após o cometimento do crime, evitasse ou minorasse as conseqüências do ato delituoso, ou que, antes do julgamento, reparasse os danos proporcionados pela infração.

No mesmo diploma, outras duas figuras são parecidas com a delação: o arrependimento eficaz e posterior, ambos previstos nos artigos 15 e 16, respectivamente. O primeiro, concede ao autor do fato, desde que impeça voluntariamente a produção do resultado, a benesse de responder somente pelos atos por ele praticados. Já o segundo, possibilita a redução da pena (juízo de reprovabilidade sobre a pessoa do agente) que, mesmo praticando o delito e provocando o resultado, procurou diminuir a sua extensão.

Mas foi através das legislações extravagantes que o instituto da delação foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira lei que a previu e deu a adjetivação de “premiada”, foi a Lei 8.072/90 (crimes hediondos). Foi seguida pelas Leis 9.034/95 (Organizações Criminosas), 9.269/96 (extorsão mediante seqüestro), 9.080 (alterou a Lei 7.492/86 – Colarinho branco), 9.613/98 (Lavagem de Capitais), 9.807/99 (Proteção à vítimas e testemunhas) e 11.343/06 (Nova lei de tóxicos).

De um modo geral, as legislações que a introduziram, contemplam a recompensa ao acusado que “*delata*” seus comparsas, cria estímulos que levam o acusado a cooperar com a Justiça, além de propiciar uma reação imediata contra as ações criminosas praticadas, conferindo à sociedade, uma sensação de punição rápida e eficiente do Estado frente à criminalidade.

Observa-se que a previsão do instituto, dentre as várias legislações que prevêem, não a apresentaram de forma completa nem, tampouco, uniforme.

O legislador, no afã de inserir o instituto no ordenamento jurídico brasileiro, se preocupou, apenas, no que se refere ao aspecto material - criação, hipóteses de admissão e benefícios para os delatores. No entanto, esqueceu-se do principal: a necessidade de prever a forma, momento de aplicação, efeitos e conseqüências do instituto.

A aplicabilidade da delação, com a deficiência do texto legislativo, passou a ser objeto de decisão dos operadores do direito, que poderiam adotar regras diferentes, seguindo seu convencimento e caso a caso, gerando uma insegurança jurídica, principalmente àqueles que seriam beneficiados pelo instituto, quais sejam, os acusados em sentido amplo (indiciados, réus, condenados).

A imperfeição das leis não se restringe apenas quanto à regulamentação da delação, como também, ao “*prêmio*” que será concedido ao delator. Por vezes, a concessão de redução da pena e, por outros, o perdão judicial, com a conseqüente extinção da punibilidade do réu-colaborador.

Benefícios:

- a) perdão judicial;
- b) diminuição de pena.

A concessão da delação exige a observância de certos requisitos.

Para a concessão do perdão judicial exige-se que o acusado seja primário, tenha colaborado de forma efetiva e voluntária para a investigação e processo criminal, resultar na identificação dos partícipes da ação criminosa, localização da vítima com a integridade física preservada e recuperação do produto do crime.

Quanto à redução de pena não se exige a primariedade do acusado. Está prevista na legislação especial no artigo 14 da Lei 9.807/99, o qual dispõe que, havendo condenação, poderá ser reduzida de 1/3 a 2/3. O critério para determinar o “*quantum*” da redução ficará a cargo do juiz, quando da aplicação da pena na sentença, observando-se o que determina o artigo 68 do Código Penal, no qual, após avaliar a contribuição do réu (maior ou menor), estabelecerá a quantidade a ser reduzida.

Ressalte-se que o “*quantum*” da redução para os réus colaboradores em nada se diferencia do previsto para a tentativa (artigo 14 do Código Penal) e para o arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal), institutos que amparam situações distintas e valores sociais diferentes da delação, mas que, no entanto, são tratados da mesma maneira.

A efetividade na colaboração deve ser entendida como a obtenção do resultado alcançado em razão da contribuição dada pelo réu.

A lei requer, apenas, que o ato seja voluntário, não exigindo, portanto, sua espontaneidade.

6. Momento da delação

As leis, que introduziram a figura da delação premiada ou colaboração espontânea, são falhas em vários aspectos, pois, além de não seguirem uma linha de definições, o sistema legislativo deixou de determinar alguns pontos importantes, dentre eles o momento em que ela poderá ser concedida.

Com a falta de previsão expressa sobre o momento de sua concessão, entende-se que ela pode ser oferecida em qualquer fase da persecução penal - da investigação passando pela instrução criminal - podendo, até mesmo, ser apresentada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, já em fase de execução da pena.

Nessa última hipótese (na execução da pena), a possibilidade vem de encontro com o que preceitua o inciso XL, do artigo 5º da Constituição Federal, o qual dispõe sobre o princípio da retroatividade da lei penal. Assim diz:

“Art. 5º: ...

XL – A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Não há dúvidas que os dispositivos legais, que prevêm a figura da delação premiada (seja com essa ou outra denominação), proporcionam benefícios ao condenado que devem ser aplicados independentemente da lei que vigia ao tempo do cometimento do crime ou da prolação da sentença condenatória. Plenamente possível, portanto, a sua concessão na fase de execução.

Caberá ao juízo da execução valorar as informações prestadas pelo condenado, o que dela resultou e à luz da legislação aplicada ao caso concreto, para que benefício lhe seja concedido.

Importante salientar que, não havendo vedação legal na aplicação dos benefícios da delação, não se sustenta a sua inaplicabilidade.

Observe-se, ainda que o artigo 621, inciso III do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a Revisão Criminal, possibilita o reexame do processo findo “*se, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstâncias que determinem ou autorizem a diminuição especial de pena*”.

Nesse passo, mesmo que a legislação especial não disponha nada a respeito, e por essa razão se sustentasse a sua inaplicabilidade ao delator já condenado, a lei geral (Código de Processo Penal) assegura ao condenado o benefício da diminuição de pena, desde que apresente informações referentes ao crime, seus autores e observados os requisitos objetivos e subjetivos para que a delação seja concedida.

7. Beneficiários

Os beneficiários da medida, de acordo com o momento em que ocorrerá a delação, podem ser:

- a) acusado que faz a revelação durante a investigação policial;
- b) denunciado, durante a instrução criminal;
- c) condenado, antes ou após a sentença condenatória transitada em julgado.

III. CONCLUSÃO

Muito mais do que expediente capaz de colaborar com a solução de crimes, a delação premiada é o reconhecimento da debilidade e fragilidade estatal, de sua incapacidade de prover segurança aos seus cidadãos. Novamente enfrentamos uma contradição, pois um instituto de tal estirpe, criado para garantir maior segurança, acaba por favorecer a anomia – dado o enfraquecimento progressivo da sanção – e a promover profunda incerteza e inseguranças jurídicas, na medida e que concede liberdade a um criminoso confesso.

A tentativa de Juan Carlos Abadía, o mega-traficante de drogas preso no Brasil, foi a de “barganhar” com a Justiça Brasileira por meio da delação premiada. No entanto, as condições apresentadas pelo acusado não foram suficientes para a concessão da benesse da lei

Inegáveis as vantagens processuais advindas da delação premiada ou da colaboração processual. Em que pese o caráter antiético e imoral da medida, ela se encontra no ordenamento jurídico e deve ser concedida àquele que preencha os requisitos legais.

BIBLIOGRAFIA

ARANHA, José Q. T de Camargo. Opcit.

ARCE, Enrique A.; MARUM, Elizabeth A. - L figura del informador incorporada por la ley 24.424 a la ley 23.737 (art. 29 ter.). Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.

BOBBIO, Norberto. O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. Paz e Terra. 1997.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª ed., 1959, Companhia Editora Forense.

CAMPOS, LCOUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Mesade Estudos e Debates. Boletim do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) n.º 159, ano 13, Fevereiro de 2006.

CAMPOS, Luis María Bunge, Delatores, Informantes y Casos Análogos, NDP – Nueva Doctrina Penal , 1999. Ed. Del Puerto S.R.L Buenos Aires.

CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal Dictado em la Real Universidad de Pisa. v.II.

CORNEJO, Abel - El delito de confabulación en la reforma a la ley 23.737. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.

CORSO, Piero M. - Scritti anonimi e processo penale (Comentário de jurisprudencia Archivio Penale).

CORSO, Piermaria - Sul divieto di utilizzo delle notizie anonime L'Indice Penale.

FRANCO, Alberto Silva .

FILHO, Vicente Grecco. Manual de Processo Penal.

FONSECA, Tiago Dutra; FRANZINI, Milena de Oliveira - Delação premiada : metástase política. Boletim IBCCRIM.

GOMES, Luiz Flávio - Corrupção política e delação premiada. Revista síntese de direito penal e processual penal.

HOUAISS. Dicionário eletrônico da Língua Portuguesa. Wwww.uol.com.br/houaiss.

JESUS, Damásio Evangelista de - O fracasso da delação premiada. Jus. Revista Jurídica do Ministério Público.

JESUS, Damásio Evangelista de - O prêmio à delação nos crimes hediondos. Boletim IBCCRIM.

KOBREN, Juliana Conter Pereira. Apontamentos e Críticas à Delação Premiada no Direito Brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, a.10, n. 987, 15 de março de 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>. Acesso em: 15 mar. 2006.

LEAL, João José - A lei n. 10.409/02 e o instituto da delação premiada. Boletim IBCCRIM.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Editora Bookseller. 2ª edição.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado. Editora Juarez de Oliveira.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de Lavagem de Dinheiro. 1ª Edição. 2006. Atlas.

MOREIRA, Rômulo de Andrade - Delação no direito brasileiro. Revista síntese de direito penal e processual penal.

MUSCO, Enzo. Laos colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia. Revista penal, Universidade de Huelva, Salamanca, Univesidade de Castilla-La Mancha, n. 2. 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal. 2ª ed. editora Revista dos Tribunais. 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentário. Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2003. OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de - O direito premial brasileiro : breve excursus acerca dos seus aspectos dogmáticos..Intertemas. Revista do Curso de Mestrado em Direito.

OLIVEIRA, William Terra de - A criminalização da lavagem de dinheiro : aspectos penais da Lei 9613 de 1º de março de 1988. Revista Brasileira de Ciências Criminais.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Direito Penal Econômico. 1ª edição. Revista dos Tribunais. São paulo. 1973.

REIS, Eduardo Almeida, De Colombo a Kubitschek: Histórias do Brasil. 2ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1979.

RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis - Incentivos legales por colaboración en la persecución de determinados delitos.

ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general, tradução de LUZÓN PEÑA, DÍAS y GARCÍA COLLEDO y REMENSAL, Madrid, Ed. Civitas, 1997, parágrafo 5º, I.

SAMMARCO, Angelo Alessandro - La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria : il procedimento di sorveglianza ex artt. 4-bis e 58-ter Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.

SANTOS, Moacyr do Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. v.1. 5ª ed. Saraiva. São Paulo. 1983.

SCHIFFRIN, Leopoldo H. - Corsi e ricorsi de las garantías procesales en Argentina : a propósito del juicio abreviado y del arrepentido. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, São Paulo, Forense, 1981. v. 2.

SMANIO, Gianpaolo Poggio e MORAES, Alexandre. Legislação Penal Especial. Editora Atlas. 2005. 8ª edição.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Direito Penal. Parte Especial. 6ª Edição. 2004. Atlas.

SOARES, Orlando, *in* “Curso de Criminologia”, 2003.

SZNICK, Valdir, *in* “Crime Organizado – Comentários”, 1997.

TEIXEIRA, Luis Alberto David. Atualidades no Direito e Processo Penal. São Paulo. Método. 2001.

REFLEXÕES SOBRE O ESTATUTO DO TORCEDOR

José Adriano De Souza Cardoso Filho¹

I. NOÇÃO INTRODUTÓRIA

O presente trabalho pretende estimular o debate sobre alguns aspectos referentes à participação do torcedor nos eventos esportivos da atualidade.

O tema é muito apropriado e oportuno porque vivemos um momento histórico que coloca o Brasil na berlinda dos eventos esportivos, haja vista a proximidade de realização de dois, dos maiores eventos mundiais do esporte: a Copa do Mundo de Futebol em 2014 e as Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016.

Paralelamente a tais eventos, temos questões correlatas importantes, como a Lei Geral da Copa do Mundo que toca em temas como cobrança de ingresso de idosos e estudantes, consumo de bebida alcoólica em estádio de futebol e ao tema da responsabilidade, em especial quanto ao conforto e a segurança do torcedor dentro das praças esportivas.

Ademais, a questão de estrutura do país para recebimento dos eventos mundiais de extrema magnitude também está em foco. Nesse sentido temos a problemática envolvendo as instalações dos aeroportos e tráfego aéreo, assim como a rede hoteleira e o transporte público.

Enfim, ainda há muito por fazer. Sem prejuízo disso, instalou-se a discussão sobre a necessidade de compatibilizar a legislação interna aos ditames aparentemente subscritos quando da aceitação dos respectivos cadernos de encargos elaborados pela FIFA (Federation Internationale de Football Association) e pelo COI (Comitê Olímpico Internacional).

Nessa linha, diante de todas as variáveis referidas, o interesse deste estudo visa estimular o debate sobre alguns aspectos destacados no Estatuto de Torcedor, sobretudo

¹ Advogado e Professor do Centro Universitário Anchieta. Graduado, especialista e mestre em direito das relações sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ao estabelecer como o aludido dispositivo legal pode ser aplicado em conformidade aos princípios que norteiam as modalidades esportivas, assim como dentro do interesse do torcedor.

Pretende-se ainda propor algumas reflexões de forma a romper certos paradigmas. Exemplificando o que se pretende, impõe-se uma discussão sobre a aplicação do Estatuto do Torcedor em eventos esportivos de diferentes modalidades.

Há de se destacar que determinadas características específicas de cada modalidade podem gerar uma distorção ao aplicar a lei e pior que isso, levar a soluções inadequadas e contraditórias ao objetivo do respectivo esporte e, via de consequência, ao interesse do torcedor.

Claramente poderemos observar que o Estatuto do Torcedor preocupou-se em demasia com o futebol, quando estabeleceu normas que dispunham sobre o regulamento dos campeonatos, a relação com a torcida tida como organizada e o consumo de bebida alcoólica nos eventos esportivos.

Desse modo, com simplicidade e clareza, pretendemos estimular a discussão sobre o Estatuto do Torcedor e sua aplicação no futebol e nos demais eventos esportivos. Vamos ao debate!

II. NECESSIDADE DE SITUAR O ESTATUTO DO TORCEDOR E AS DEMAIS LEIS PERTINENTES ANTE O COMANDO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal atribuiu enorme importância ao desporto, eis que ao tratar da ordem social, destinou uma das seções deste título ao tema em apreço, consoante disposto em seu artigo 217 da Constituição Federal (CF)².

Portanto, a partir do comando constitucional, temos de fixar a premissa de que o esporte é um direito de todos. Coube ao Estado viabilizar políticas públicas voltadas ao desporto. Para tanto, impõe-se o dever de criar em nosso ordenamento jurídico condições para dar efetividade ao comando constitucional.

Nesse sentido, foram sancionadas as Leis nº 9615/98 (Lei Pelé), Lei nº 9.981/2000, Lei nº 10.671 de 15 de maio de 2003 (Estatuto do Torcedor), Lei nº 10.672

²Art. 217 - É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

de 15 de maio de 2003 (Lei da moralização do futebol), Lei nº 11.438 de 29 de dezembro de 2006 (Lei de incentivo ao esporte) e por fim a atualização do Estatuto do Torcedor, a partir da Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010.

Referidas legislações, no que concerne ao consumidor, devem ser analisadas de modo consentâneo ao Código de Defesa do Consumidor³.

Por outro lado, tendo em vista a inter-relação decorrente da norma constitucional relacionada à legislação vigente, merece referência que a lei de moralização do futebol sob nº 10.672/2003, em seu artigo 3º alterou a redação do artigo 4º, §2º da Lei Pelé sob nº 9.615/98, atribuindo a toda organização desportiva do País o caráter de patrimônio cultural brasileiro, vejamos:

§ 2º A organização desportiva do País, fundada na liberdade de associação, integra o patrimônio cultural brasileiro e é considerada de elevado interesse social, inclusive para os fins do disposto nos incisos I e III do art. 5º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993”⁴.

Vale dizer que a partir do caráter de patrimônio cultural brasileiro, impõe-se à integração dos diplomas legais relacionados ao desporto ao previsto na Constituição Federal em seus artigos 215, §3º, inciso I⁵ e 216⁶, no que tange à cultura.

³ 39) O Estatuto do Torcedor deve ser interpretado de modo complementar ao Código de Defesa do Consumidor, porquanto este se trata de norma mais abrangente e ampla. 40) O Estatuto do Torcedor sempre deve ser compreendido de modo a guardar compatibilidade com os ditames do Código de Defesa do Consumidor. Este deve ser encarado como elemento norteador e consentâneo às normas de defesa do torcedor que em última análise revela-se autêntico consumidor. Em CARDOSO FILHO, José Adriano de Souza, O código de defesa do consumidor e os eventos esportivos após o advento do estatuto do torcedor. Dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, 2007, páginas 168/169.

⁴ Tal situação não passou despercebido aos olhos do jurista Lincoln Pinheiro Costa que, em artigo publicado sob denominação “Algumas anotações sobre o Estatuto do Torcedor”, faz referência ao fato de integrar o patrimônio cultural, aludindo ao deslocamento de competência para a Justiça Federal, consoante podemos observar: “*Estando, portanto, a organização desportiva do país integrada no patrimônio cultural brasileiro e cabendo ao Ministério Público Federal promover a sua defesa, a Justiça Federal é a competente para a causa, tendo em vista o disposto no art. 70 da Lei Complementar nº 75/93.*” COSTA, Lincoln Pinheiro. Algumas anotações sobre o Estatuto do Torcedor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 147, 30 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4417>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

⁵ Artigo 215, §3º - A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País a integração das ações do poder público que conduzem à (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48/2005). Inciso I - Defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº48/2005).

⁶ Artigo 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência a identidade, a ação a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

E, em sendo assim, consolida-se a compreensão de que o desporto e as organizações desportivas possuem enorme relevo no plano constitucional e legal, de tal sorte que aos consumidores torcedores deve ser garantido, por consequência, o direito ao exercício sadio de suas preferências nos eventos esportivos.

III. ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE O ESTATUTO DO TORCEDOR E SUA APLICAÇÃO.

Ao adentrarmos no campo do estudo do Estatuto do Torcedor, podemos observar que, claramente, tal estatuto foi direcionado para a temática que envolve, preponderantemente, o torcedor do futebol.

De plano, vale destacar que segundo o artigo 43 do Estatuto do Torcedor⁷, esta lei aplica-se ao desporto profissional. Portanto, estamos diante de regramento que deve ser respeitado nas mais diferentes competições, tais como: futebol, tênis, boxe, judô, atletismo, natação, MMA, automobilismo, basquete e vôlei.

Aqui surge a primeira questão que toca a natureza do esporte. Alguns são praticados de modo coletivo (futebol, basquete e vôlei) e outros são praticados individualmente ou por equipes (natação, judô, atletismo).

Ao considerarmos os artigos que tratam da transparência da competição, temos o disposto no artigo 8º do Estatuto do Torcedor⁸ que versa sobre o calendário anual de eventos oficiais. No referido artigo, o inciso II estabeleceu a famosa necessidade do campeonato de pontos corridos no futebol.

É por conta do precitado inciso que o campeonato brasileiro de futebol passou a ser disputado no sistema de pontos corridos. Ocorre que, exceto no futebol, nas demais modalidades de esporte coletivo não temos o sistema de pontos corridos respeitado. Basta analisar os campeonatos de ligas de vôlei e basquete para constatar que os campeonatos são disputados em sistemas híbridos porque as equipes jogam entre si e

⁷ Art. 43 - Esta lei aplica-se apenas ao desporto profissional.

⁸ Artigo 8º - As competições de atletas profissionais de que participem entidades integrantes da organização desportiva do País deverão ser promovidas de acordo com o calendário anual de eventos oficiais que: (...) Inciso II - Adote, em pelo menos uma competição de âmbito nacional, sistema de disputa em que as equipes participantes conheçam, previamente ao seu início, a quantidade de partidas que disputarão, bem como seus adversários.

depois disputam fases eliminatórias até estabelecer o campeão. Há final, semifinal e outras fases de caráter eliminatório.

A partir disso, indaga-se: Em esportes como o vôlei e o basquete, quanto ao sistema de pontos corridos exigido pelo artigo 8º, II, do Estatuto do Torcedor, a lei estaria sendo desrespeitada?

A princípio a conclusão é positiva⁹. Todavia, cremos ser necessário analisar a natureza de cada esporte. Em qualquer lugar do mundo, tanto o vôlei quanto o basquete, são disputados em sistemas similares ao nosso.

Portanto, a obrigatoriedade do sistema de pontos corridos em outros esportes, exceto o futebol, seria inusual ao sistema amplamente desenvolvido no mundo todo (temos por paradigma os campeonatos de basquete, italiano e espanhol, assim como a NBA, etc...).

Bem de ver que em relação ao futebol, na maioria dos países, o campeonato nacional é disputado em pontos corridos (exemplos da Itália, Espanha, Alemanha, França, Argentina e Inglaterra).

Referida constatação indica claramente que o Estatuto do Torcedor, embora estabelecido como regra ao desporto profissional como um todo, foi idealizado para a prática exclusiva do futebol¹⁰.

Ademais, em competições de esportes individuais, a necessidade de campeonato de pontos corridos seria totalmente anacrônica, conforme podemos constatar a partir dos modelos tradicionais de campeonatos de tênis, atletismo, natação e judô.

Diante disso, entendemos que a regra dos pontos corridos deve ser amainada porque guarda relação importante apenas com o futebol. Sendo assim, não pode obrigar o cumprimento em torneios de outros esportes porque fere a essência dos mesmos, assim como tornaria tais torneios descompassados da realidade mundial.

⁹ O art. 8º é um exemplo, pois nitidamente intencionava regulamentar a modalidade de futebol, porém, ao dispô-la numa lei aplicável a todas as modalidades, ampliou seu alcance também a todas as competições para as quais o Estatuto do Torcedor é imperativo, mesmo que este sistema não se mostre produtivo, pela natureza ou cultura história do esporte (em GOMES, Flávio Luiz, CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista, DE OLIVEIRA Gustavo Vieira. Estatuto do Torcedor Comentado, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011, página 26).

¹⁰ Observe-se ainda que as disposições alusivas a combater a violência também são fundamentalmente ligadas à prevenção em estádio de futebol.

Por outro lado, no desporto nacional, há disposição interessantíssima no Estatuto do Torcedor que garante a este a possibilidade de interagir de modo a formular propostas sobre o regulamento de competição. Tal prerrogativa está prevista no artigo 9º, §1º, do Estatuto em comento¹¹.

A possibilidade ora aventada pode ser objeto de exercício em qualquer modalidade, seja ela coletiva ou individual. É importante destacar que a precitada norma denota instrumento valioso de exercício de cidadania porque permite a qualquer torcedor realizar proposições objetivas para a melhoria do esporte nacional.

Todavia, o que se vê, é praticamente a inexistente participação do torcedor com vistas a formular propostas concretas tendentes a aprimorar o regulamento das competições. Parece que o princípio reinante no país toca apenas ao exercício da crítica e jamais ao exercício participativo de modo à construção de um sistema melhor para a prática esportiva profissional.

Outrossim, outro aspecto polêmico caso ultrapassemos o limite do futebol, toca ao disposto no artigo 10 do Estatuto do Torcedor¹². Referido disposto afirma categoricamente que a participação em competições deve obedecer exclusivamente critério técnico preestabelecido.

Tal regra funciona apenas para o futebol porque neste esporte comumente admitia-se “viradas de mesa” para impedir que clubes de expressão caíssem para 2ª divisão. De fato, tal regra atingiu seu escopo ao pensarmos apenas no futebol.

Ocorre que em diversos esportes referida regra não tem sentido. Atente-se ao tênis, cujos campeonatos oferecem vagas na modalidade convite que, em regra, se distribui a tenistas da casa ou estrelas internacionais.

Tanto no Brasil quanto no exterior essa regra é aplicada, inclusive nos torneios regulares da Associação dos Tenistas Profissionais e ainda da Federação Internacional de Tênis.

¹¹ Artigo 9º - É direito do torcedor que o regulamento, as tabelas da competição e o nome do Ouvidor da Competição sejam divulgados até 60 (sessenta) dias antes de seu início, na forma do §1º do artigo 5º (redação dada pela lei nº 12.299/2010). §1º - Nos dez dias subseqüentes a divulgação do que trata o caput, qualquer interessado poderá manifestar-se sobre o regulamento diretamente ao Ouvidor da Competição.

¹² Art. 10º - É direito do torcedor que a participação das entidades de prática desportiva em competições organizadas pelas entidades de que trata o art. 5º seja exclusivamente em virtude de critério técnico previamente definido

É evidente, portanto, que aludida disposição legal prevista no artigo 10 do Estatuto do Torcedor também deva ser amainada quando tratamos de outros esportes diferentes do futebol sob pena de violarmos o sistema reinante no mundo todo que é reconhecido pelas entidades internacionais e nacionais que regulam os demais esportes profissionais a exemplo do tênis¹³.

E as controvérsias não param por aí. Vejamos: É possível admitir que um participante facilite a passagem de outro competidor, mesmo que atuantes pela mesma equipe?

A fim de exemplificarmos, pode um competidor de automobilismo, voluntariamente, deixar outro competidor ultrapassá-lo? O participante transgressor estaria, sempre, sujeito às penas previstas no artigo 41-E do Estatuto do Torcedor¹⁴?

Entendemos que dependendo da circunstância não caracteriza o crime. Atente-se que o objetivo da lei toca àquele competidor ou arbitro que atua de modo a alterar o resultado da competição de modo premeditado.

Aludida regra também foi idealizada para o futebol e visava impedir a alteração premeditada do resultado, fato este estimulado muitas vezes por máfias de aposta. Note-se que no atletismo e no ciclismo nós temos a figura do competidor que participa da competição para puxar o ritmo dos demais ou então de determinado competidor que integra a sua equipe.

Da mesma forma, em disputa de automobilismo pode determinado piloto deixar seu colega de equipe passar em razão de interessa da equipe.

Em tais casos, não se viola a lei porque é da essência do esporte a referida prática. Portanto, um piloto da Ferrari, por exemplo, pode ceder a posição ao outro, em competição em nosso território, porque a conduta interessa à própria equipe e não se presta a ajudar equipe concorrente.

Da mesma forma quanto à figura do “coelho”, esta deve ser admitida a fim de permitir que se puxe o ritmo da competição, como ocorre no atletismo.

¹³ A figura do competidor convidado é regular e corrente em todos os torneios.

¹⁴ Artigo 41-E – Fraudar, por qualquer meio, ou contribuir para que se fraude, de qualquer forma, o resultado de competição esportiva (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010). Pena – reclusão de 2 a 6 anos e multa.

Por outro lado, as disposições penais estampadas nos artigos 41-C¹⁵, 41-D¹⁶ e 41-E visavam, no âmbito do futebol, impedir a venda ou alteração de resultados esportivos. Caso analisemos tais disposições em face de outros esportes, a exemplo do atletismo e do ciclismo, certamente teremos que reavaliar a incidência das aludidas normais penais porque a própria natureza dos eventos esportivos permite a troca voluntária de posição na competição, o que se analisado ao pé da letra da lei, implicaria em falsear o resultado.

Outro ponto que ressalta o fato de que o Estatuto do Torcedor foi idealizado ao futebol toca às medidas conseqüentes a gestos claros de racismo ou homofóbicos.

Imagine-se uma torcida organizada de futebol chamando determinado jogador de “macaco” em razão de sua raça ou ainda ofendendo outro jogador em função de sua orientação sexual. Pensem tal situação ao longo da maior parte do jogo e ainda feito pela maior parte da torcida.

Pois bem, no futebol seria instaurado procedimento criminal, eis que tal conduta molda-se ao tipo penal previsto no artigo 41-B¹⁷. E mais, na esteira do artigo 13-A, também do Estatuto do Torcedor¹⁸ que versa sobre o acesso e permanência do torcedor no evento esportivo, o torcedor estaria infringindo o disposto nos incisos IV e V do artigo referido da lei. Tais atos importam no afastamento imediato do torcedor do recinto, sem prejuízo das demais sanções civis, administrativas e penais.

Porém, exemplo latente de que estamos condicionados a pensar em ilícitos apenas nos estádios de futebol toca ao fato de que em dois jogos de vôlei na Liga Masculina, no Brasil, salvo engano ambos em Minas Gerais, nos anos de 2011 e 2012, os atletas da equipe visitante foram ofendidos por todo o ginásio. O ato hostil e criminoso da torcida ocorreu por muito tempo ao longo da partida em razão de raça e

¹⁵ Art. 41-C - Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva: (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

¹⁶ Art. 41-D - Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva: (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

¹⁷ Art. 41 - B - Promover tumulto, praticar ou incitar a violência, ou invadir local restrito aos competidores em eventos esportivos: (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

¹⁸ Art. 13-A - São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei: (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010). (..) Inciso IV - Não portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos, ou outros sinais com mensagens ofensivas, inclusive de caráter racista ou xenófobo; (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010). (...) Inciso V - Não entoar cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos: (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

opção sexual dos atletas ofendidos. Na ocasião, as autoridades não retiraram os torcedores ofensores do recinto. E mais, não se tem notícia, infelizmente, de procedimentos judiciais instaurados contra os torcedores e contra o clube mandante do jogo.

A comparação da consequência ocorrida em jogo de vôlei ante o procedimento que seguramente seria deflagrado em caso de ocorrência em jogo de futebol denota o condicionamento de todos, inclusive autoridades, que ao avaliar o Estatuto do Torcedor, tanto ao criá-lo quanto ao aplicá-lo, somente o enxergaram como meio importante para a prática do futebol.

Diante do cotejo das normas referidas neste item do presente artigo ante as circunstâncias específicas do futebol e de outros esportes, percebemos com clareza que o Estatuto do Torcedor não pode ser aplicado sem o devido cuidado com a análise das características específicas de cada modalidade esportiva profissional sob pena de incorrerem em decisões incongruentes e que destoam do próprio objetivo do esporte ora praticado. Paralelamente, as medidas rigorosas contra torcedores que incorram em crimes devem ser efetivas e contundentes em qualquer modalidade esportiva.

A BEBIDA ALCOOLICA, O ESTATUTO DO TORCEDOR E SUA ADMISSÃO NOS EVENTOS ESPORTIVOS

A permissão ao consumo de bebida alcoólica nos eventos esportivos precisa ser analisada de modo pontual, deixando de lado aspectos políticos e interesses inconfessáveis.

De plano é preciso destacar que as empresas que produzem bebidas alcoólicas são parceiras comerciais em praticamente todos os esportes. Seguramente no futebol, tênis, golfe e automobilismo, para ficar em alguns, empresas de bebidas alcoólicas atrelam suas marcas aos mais importantes clubes e atletas.

Em competições importantes de futebol no exterior¹⁹, o patrocinador principal, frequentemente, é uma marca de bebida alcoólica.

¹⁹ Por exemplo, a liga dos campeões de clubes da Europa é patrocinada pela cervejaria Heineken.

A questão toda é a seguinte: Como equacionar o interesse comercial das empresas que investem muito dinheiro em patrocínio, ajudando a viabilizar a própria competição e o dever de garantir a segurança do torcedor nas praças esportivas.

A resposta é muito difícil de encontrar. Contudo, apenas a título de reflexão, alguns aspectos merecem ponderação. Devemos considerar aspectos culturais dos torcedores envolvidos, facilidades de consumo em locais próximos aos recintos e ainda a natureza do esporte praticado, haja vista sua importância para identificar o perfil do público torcedor.

Tais considerações importam porque o futebol é um esporte popular enquanto o golfe, o automobilismo e o tênis são segmentados em outros grupos sociais e, em regra, não há notícias de incidentes violentos nos esportes precitados, exceto no futebol.

Atente-se que o perfil do torcedor pode ser considerado ao tratarmos do consumo de álcool sem que se fale em discriminação²⁰ porque no torneio continental europeu de futebol entre clubes é permitida a venda de bebida alcoólica em determinados setores do campo (setores vip) e vedado nos setores populares (arquibancada).

Ademais, em esportes como o tênis, recentemente no Brasil Open realizado em fevereiro próximo passado no Ginásio do Ibirapuera, era vendida cerveja aos torcedores e não se teve notícia de que o consumo de bebida estimulou a violência ou a conduta inconveniente dos mesmos.

Insta ainda observar que a comercialização de bebida alcoólica nas cercanias dos eventos esportivos permite o livre consumo até momentos antes do evento. Caso a competição ocorra no período noturno, permite-se o consumo desenfreado ao longo de todo o dia nas cercanias da praça esportiva.

Em sendo assim, qual o sentido de impedir o consumo interno no evento se o torcedor pode entrar após consumir durante o dia todo na parte externa do estádio?

Outro aspecto toca ao lado cultural. Em determinados países europeus o consumo de cerveja, por pessoa ao ano, é muito maior do que em nosso país. Em evento

²⁰ Embora no Brasil fosse possível alegar que há infração penal ao disposto no artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

a ser realizado no Brasil, de repercussão e interesse mundial como a Copa do Mundo, a venda de cerveja atende aos interesses de pessoas de diversas nacionalidades.

Ponto importantíssimo a ser considerado é o seguinte: Quantas brigas, emboscadas e mortes, que envolvem torcida organizada deixariam de ocorrer em razão do consumo de álcool?

Sabe-se que os torcedores organizados ajustam confrontos com torcidas rivais com dias de antecedência, via Internet. Como dizer que o álcool é um fator relevante para estimular confrontos marcados com antecedência?

E mais, atualmente os confrontos de torcedores ocorrem de modo sistemático fora dos estádios. Por vezes, as brigas acontecem no metrô ou em determinado cruzamento viário, sobretudo na cidade de São Paulo.

Por outro lado, há que se destacar ainda a rivalidade entre clubes de futebol²¹ e, inclusive, entre torcidas organizadas²² que podem ser ainda torcedoras do mesmo clube. Há ainda problemas sociais e políticos que transbordam aos estádios²³ e que potencializam os riscos de brigas.

Ao que parece, o acompanhamento próximo da Polícia Civil e Militar junto às torcidas organizadas de futebol não se revelou até o momento meio eficiente para conter a violência fora dos estádios.

A solução para a violência das torcidas organizadas de futebol parece estar longe de ser encontrada. Atente-se que hoje vivemos em sociedade muito diferente da sociedade das décadas de 80 e 90, do século XX. Isso porque a velocidade de informação, via Internet e redes sociais, é muito grande, o que dificulta antecipar a conduta de criminosos travestidos de torcedores porque estes, de modo premeditado, podem combinar verdadeiras batalhas campais em quaisquer regiões da cidade de São Paulo, por exemplo, sem que isso seja de conhecimento do Estado.

Atualmente, a possibilidade de o Estado antecipar os confrontos fora do estádio de futebol é a maior dificuldade para conter a violência praticada por torcedores organizados.

²¹ Rivalidade entre Corinthians e São Paulo, por exemplo.

²² Sabe-se que as torcidas Mancha Verde e Torcida Uniformizada do Palmeiras (TUP) não mantêm bom relacionamento e ambas são ligadas ao Palmeiras.

²³ A título de exemplo, Sérvios e Croatas, Inglaterra e Argentina, Árabes e Judeus. Grupos fascistas Italianos, Holandeses, Russos e Alemães, etc...

E o que fazer, então? Acabar com os debates com os integrantes das torcidas organizadas? Impedir o acesso aos estádios com roupas que os identifiquem como torcedores organizados? Impedir o consumo de álcool nos estádios?

Creemos que os debates e a identificação dos torcedores organizados continuam sendo práticas importantes. De igual forma, a utilização de tecnologia para monitorar as torcidas nos moldes do estabelecido nos artigos 17 e 18 do Estatuto do Torcedor²⁴.

Por outro lado, cremos ser pueril e superficial imaginar que o fato de torcedores consumirem bebidas em estádios é fator conexo às verdadeiras batalhas campais promovidas por torcedores organizados que ocorrem, combinadas via Internet, em locais distantes das praças esportivas²⁵.

Tais confrontos representam uma forma de inserção social, via terror, normalmente praticada por aqueles grupos de jovens que nada tem a perder.

Qual o perfil do jovem que participa dos atos de violência de torcedores organizados? É razoável imaginar que se trata de universitário? É possível imaginar que se tratam de jovens bens empregados com boas remunerações e projetos de vida em desenvolvimento?

Claro que não! Portanto, quem não tem um futuro planejado está mais suscetível a participar dos grupos que se valem da violência como instrumento de inserção social, aterrorizando a sociedade civil.

A solução não virá em curto prazo, tampouco com imposições conjunturais rígidas de natureza policial ou de Justiça Penal. Se assim fosse, a lei de crimes hediondos reduziria os índices de violência, o que não ocorreu. Atualmente, há ainda agravante decorrente da disseminação do crack e de outras drogas que contribuem para a banalização da violência.

Portanto, impõe-se a adoção de medidas de caráter estrutural porque problemas sociais somente são resolvidos com políticas públicas sérias. Ao tratarmos do fato sem cuidar das causas é o mesmo que enxugar gelo. O jovem somente deixará a violência a

²⁴ A lei preconiza a necessidade de implementação de planos de ação referentes a segurança, no artigo 17 do Estatuto, assim como a implantação de central de monitoramento por imagem nos estádios com capacidade superior a 10.000 (dez mil) pessoas, nos termos do artigo 18 do Estatuto do Torcedor.

²⁵ Em 25 de março de 2012, torcedores do Palmeiras e Corinthians, em número superior a 500 (quinhentos) realizaram batalha campal em avenida da Zona Norte de São Paulo. Pelo menos um torcedor morreu vítima de arma de fogo e outros ficaram seriamente feridos.

partir do momento que tiver o que perder (emprego, família, credibilidade, etc...). Para muitos jovens, atualmente, o risco de ser preso ou morto em conflitos de torcida não se sobrepõe ao sentimento de poder advindo da participação nessas batalhas, até porque tais jovens não nutrem expectativas positivas, no campo profissional e afetivo.

Certamente não se verá um jovem com projeto de vida e inserido na sociedade expondo-se à prisão ou a morte em conflitos armados junto a torcedores organizados.

Enquanto o Estado não garantir à população meios de vida digna e que consistam em projetos que se abram como boas expectativas de futuro, os jovens continuarão a marcar confrontos entre torcedores organizados, mesmo que nos estádios e adjacências seja vendida apenas groselha em substituição a bebida alcoólica...

V. SUGESTÃO QUANTO A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Atualmente não se discute a constitucionalidade do Estatuto do Torcedor, haja vista que a mesma foi reconhecida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF)²⁶.

Por outro lado, cremos que atuação efetiva do Ministério Público poderia salvaguardar o patrimônio dos clubes de futebol, sobretudo porque estes vivem momento auspicioso, na medida que contratam patrocínios milionários e repatriam jogadores do mercado europeu pagando salários elevadíssimos e compatíveis com o mercado Inglês, Italiano e Espanhol.

Isso porque a lei de moralização do futebol sob nº 10.672/2003, em seu artigo 3º alterou a redação do artigo 4º, §2º da Lei Pelé sob nº 9.615/98, atribuindo a toda organização desportiva do País o caráter de patrimônio cultural brasileiro²⁷.

A partir disso, é preciso considerar que os clubes de futebol, tais como o Flamengo, Corinthians, São Paulo, Vasco, Palmeiras, Cruzeiro, Atlético Mineiro, Internacional e Grêmio, entre outros, ostentam o caráter de patrimônio cultural

²⁶ O STF julgou improcedente a ADIn nº 2.937 e declarou constitucional o Estatuto de Defesa do Torcedor.

²⁷ § 2º *A organização desportiva do País, fundada na liberdade de associação, integra o patrimônio cultural brasileiro e é considerada de elevado interesse social, inclusive para os fins do disposto nos incisos I e III do art. 5º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*”.

brasileiro. Isso porque a lei quis se referir aos clubes de enorme tradição e que ostentam verdadeiros exércitos de torcedores, alguns atingindo em todo o país mais de 30 (trinta) milhões de torcedores, ao afirmar que as entidades desportivas integram o patrimônio cultural brasileiro e são de elevado interesse social.

A lei complementar nº 75 de 20 de maio de 1993 dispõe sobre a organização, atribuições e sobre o Estatuto do Ministério Público da União, estabelecendo que incumbe a este no artigo 5º, incisos I e III, a defesa do patrimônio cultural brasileiro.

Em sendo assim, incumbe ao Ministério Público da União (MPU) fiscalizar os clubes que ostentem a característica de patrimônio cultural Brasileiro. E como isso poderia ocorrer?

O MPU deveria atuar de modo a fiscalizar as contas e contratos firmados a fim de impedir desvios de finalidade. Seria de incumbência do MPU analisar os balancetes de tal sorte a impedir a canalização de dinheiro para fins pessoais ou ainda para torcidas organizadas.

Acreditamos que a atuação do MPU seria de grande valia preventiva a fim de evitar desmandos e desvios de conduta capazes de lesar os clubes e diminuir ou arruinar a integridades destes, verdadeiros pilares da cultura nacional e integrantes do patrimônio histórico cultural brasileiro.

VI. CONCLUSÃO

O Estatuto do Torcedor, reconhecido constitucionalmente pelo STF, revela-se como um diploma legal capaz de contribuir para a melhoria das condições dos torcedores frente aos eventos esportivos.

Referida lei deve ser vista de modo consentâneo à Constituição Federal, ao Código de Defesa do Consumidor e as demais leis que versam sobre o desporto, conforme a Lei Pelé e a Lei de Moralização do Futebol.

Importa destacar que o Estatuto do Torcedor foi idealizado a partir dos exemplos extraídos do Futebol, embora tenha aplicação em todas as modalidades esportivas profissionais.

A partir disso, é preciso ter temperança ao tentar aplicá-la em outros esportes, a fim de não torná-la incongruente com os objetivos e os elementos subjetivos que envolvem modalidades esportivas como o Vôlei e o Basquete.

Nesse sentido, há que se amenizar a incidência de normas como aquela que estabelece o campeonato de pontos corridos em modalidades como o Vôlei e o Basquete.

Ademais, o papel do torcedor foi robustecido na lei, na medida que autoriza este a propor alternativas e incrementos aos regulamentos dos campeonatos esportivos.

É preciso ainda aplicar o Estatuto do Torcedor de modo mais veemente nas modalidades do Vôlei e Basquete, nas ocasiões em que os torcedores praticarem gestos criminosos de qualquer natureza.

Quanto ao aspecto atinente a modificação de resultado esportivo é preciso antes de buscar punir atletas e equipes, atentar para o sentido e características peculiares de cada modalidade esportiva.

No que tange as torcidas organizadas de futebol e a ingestão de bebidas alcoólicas no estádio, é preciso identificar até que ponto há nexos causal entre a ingestão de álcool e a violência. Isso porque atualmente os atos mais graves de violência ocorrem longe dos estádios em confrontos previamente agendados via redes sociais na Internet, o que denota premeditação e afasta o álcool como fator desencadeante da violência.

Tememos que o consumo de bebidas alcoólicas não se configure como um fato expressivo para a erradicação da violência praticada por torcedores organizados.

Cremos a violência como fenômeno social que deve ser combatido, a partir da erradicação da pobreza e das diferenças sociais gritantes, fatores estes importantes para inserir socialmente os jovens que vêm, equivocadamente, a participação em confrontos comandados por torcidas organizadas como forma de exercício de poder e influência social.

O Ministério Público da União, ao assumir verdadeiro caráter de fiscalizador dos clubes de futebol, despontará como ente fundamental para a melhoria da transparência dos clubes e da condição da torcida nos eventos esportivos.

Em suma, são estas as reflexões que pretendemos submeter ao debate com vistas a contribuir para a evolução da condição do consumidor torcedor nos eventos esportivos realizados no Brasil.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

COSTA, Lincoln Pinheiro. **Algumas anotações sobre o estatuto do torcedor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 147, 30 nov. 2003. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4417>, acesso em 09 de janeiro de 2007.

GOMES, Flávio Luiz, CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista, DE OLIVEIRA Gustavo Vieira. Estatuto do Torcedor Comentado, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARDOSO FILHO, José Adriano de Souza, O código de defesa do consumidor e os eventos esportivos após o advento do estatuto do torcedor. Dissertação de mestrado em direito das relações sociais defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, 2007.

ATOS “*INTERNA CORPORIS*” - CONTROLE E DELIMITAÇÃO

João Jampaulo Júnior¹

“Proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más óbvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados.”

Eduardo García de Enterría*

INTRODUÇÃO

O controle dos atos denominados *interna corporis* há muito vem se mostrando como uma necessidade que não pode mais ser adiada. Duas afirmações da Prof^a Lucia Valle Figueiredo comprovam a assertiva: os atos do corpo interno foram pouco estudados e a eles não se dispensou a necessária atenção; os *interna corporis* necessitam de uma urgente delimitação nos mesmos moldes já ocorridos com os atos denominados “*discricionários*”. Tomamos a liberdade de acrescentar a essas duas observações a necessidade de um controle jurisdiccional mais rígido, inclusive adentrando ao mérito quando da ocorrência de lesão ou ameaça de direitos constitucionalmente tutelados.

Para um estudo criterioso dos *interna corporis* se fez necessário estabelecer alguns parâmetros como o entendimento e a conceituação de *função administrativa* enquanto atividade do Estado, o que demanda um estudo, ainda que breve, sobre os *atos administrativos* e sua definição, até chegarmos aos atos de cunho igualmente administrativos *praticados de maneira atípica pelos Poderes Legislativo e Judiciário*.

Uma vez estabelecidas essas premissas, passou-se à análise dos atos *interna corporis* identificando o seu fundamento constitucional e o seu conceito, onde entendemos pertinente a inclusão expressa da *obrigatoriedade de contrastação*

¹ Advogado, professor doutor em Direito PUC SP - jampaulo@uol.com.br

* *La lucha contra las inmunidades del poder*, p. 62.

jurisdicional. Após abordar as espécies desses atos o estudo se detém em algumas meditações sobre Regimento Interno, enquanto regulamento e não como normalmente é chamado: a *lei da casa*.

Outro objeto deste trabalho diz respeito às modalidades de controle dos atos do corpo interno, onde aventamos, após algumas reflexões, sobre a necessidade de uma delimitação dos mesmos, procurando, ainda que em tese, desenvolver a possibilidade de um controle preventivo interno. Após, adentramos ao âmbito do controle desses atos pelo Poder Judiciário, destacando os denominados *controles especiais* e a sujeição limitadora desse controle, adstrita que é aos aspectos da constitucionalidade, legalidade, regimentalidade e forma, apresentando sobre esse tema a nossa crítica.

Por fim, dentro do estudo sobre a necessidade de uma delimitação e um controle mais rígido sobre os *interna corporis*, tecemos alguns comentários sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, os abusos cometidos sob o manto do corpo interno e a possibilidade da ocorrência de desvio de poder.

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar a matéria e muito menos apresentar soluções definitivas com relação à temática escolhida. A sua finalidade busca tão-somente trazer à discussão algumas dificuldades apontadas e que ousaremos enfrentar no decorrer desta exposição.

CAPÍTULO I

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

SUMÁRIO: 1.1. Função administrativa - 1.2. Ato administrativo - 1.3. Atos de conteúdo administrativo praticados pelo Legislativo e pelo Judiciário.

1.1. Função administrativa

A edição de atos administrativos de qualquer natureza está intimamente ligada a noção de *função administrativa*. O tema já vem sendo objeto de debates por um longo espaço de tempo e, segundo Lucia Valle Figueiredo, nas discussões doutrinárias sobre o

conceito de função administrativa “há muito maior divergência de ordem semântica entre os autores do que, realmente, quanto a seu conteúdo”.²

Em verdade, para se chegar a um conceito de função administrativa deve-se entender a natureza do vocábulo função dentro do contexto de atribuições do Estado, ou seja, no que consiste a atividade estatal. Essa atividade, em síntese, vem a lume quando o Estado legisla, administra e julga. Cuida-se do denominado princípio da separação de poderes, segundo a teoria de Montesquieu. Contudo, e nos dizeres de Gordillo, no passado era comum se incorrer no erro de pensar que a divisão dos poderes significava que cada um deles exercia soberanamente sua finalidade dentro de sua esfera: um poder legislava, outro administrava e outro julgava.³ É por isso que o mestre argentino entende necessário que se destaque a separação de funções e não só a separação de poderes ou órgãos, posto que o poder é um só.⁴

A problemática estaria resolvida se cada poder ou órgão atuasse exclusivamente na sua função. Porém, tal não ocorre, posto que o Legislativo, além da função de legislar, também julga e administra (função atípica); o Judiciário, além da função jurisdicional, pratica atos administrativos e legisla (atipicamente); por fim, o Executivo, seguindo a mesma regra, não se limita somente a aplicar de ofício a lei, mas exerce funções legislativas e julgadoras de maneira igualmente anômala. Por esses motivos Gordillo destaca que as funções legislativas e jurisdicionais estão conceituadas, enquanto que a administrativa ainda não encontrou conceituação para sua função, de maneira a se harmonizar com as duas anteriores.

Para se chegar a um conceito de função administrativa é necessário um breve apanhado sobre os principais pensamentos doutrinários, e, após, buscar extrair deles elementos essenciais sobre o tema para formação de um juízo de convicção e posterior conceituação.

No direito estrangeiro nos chamam atenção os ensinamentos de Renato Alessi, para quem função administrativa “é a emissão de comandos complementares, ou de atos integrativos, aos preceitos normativos abstratos, com a finalidade de lhes dar completa

² *Curso de Direito Administrativo*, p. 27.

³ *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Parte General. p. IX-2.

⁴ Agustín Gordillo, op. cit. p. IX-2.

e imediata operatividade” (destacamos).⁵ Depreende-se da definição que a mesma é material e não orgânica. Material, posto que não elimina a possibilidade de outros órgãos, além da Administração, atipicamente, praticarem também atos administrativos.⁶ O vocábulo *atípico* ganhará relevância quando se falar em conceito material.

Já no direito latino-americano, igualmente empenhado nessa busca (conceito de função administrativa), Agustín Gordillo abandona o conceito orgânico e o conceito material e propõe um novo conceito: orgânico-material.⁷ Concordamos com Lucia Valle Figueiredo quando diz que Gordillo buscou “chegar ao conceito *lógico-jurídico* da função administrativa, porém acaba por definir a função administrativa por exclusão”.⁸ A assertiva é verdadeira em vista da definição de função administrativa do autor argentino, considerada como “*toda a atividade que realizam os órgãos administrativos, e a atividade que realizam os órgãos legislativo e jurisdicionais, excluídos respectivamente os fatos e atos materialmente legislativos e jurisdicionais*” (destacamos).⁹

Entre nós, J. Cretella Jr. conclui que “*função administrativa, que, regra geral, é desempenhada pelo Poder Executivo, editando atos administrativos e praticando fatos administrativos, consiste na atividade do Estado, cujo objetivo é o de assegurar o funcionamento dos serviços públicos administrativos, dos atos jurídicos de alcance individual e dos atos materiais*”.¹⁰ Como se pode constatar, o autor destaca a atuação do Executivo com a edição de atos e a prática de fatos, para, a seguir, buscar na atividade estatal, através de exemplos, o final de seu conceito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após apontar as três características da administração pública em sentido objetivo - *atividade concreta, satisfação direta e imediata e regime jurídico de direito público* -, conceitua em sentido material ou

⁵ Renato Alessi, *Principi di Diritto Amministrativo*, Milano, Dott. A. Giufrè Editore, 1971, p. 10. O texto integral do autor sobre o tema está às pp. 1-30, *apud* Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op cit. p. 28.

⁶ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 28.

⁷ Tratado de Derecho Administrativo, op. cit. pp. IX-7/IX-13 e ss.

⁸ *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 29.

⁹ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Ao resumir as funções do Estado dispõe que a definição de função administrativa é a soma das conclusões parciais expostas, ou seja, é “*toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales*” (itálico do autor), op. cit. p. IX-48.

¹⁰ J. Cretella Jr., *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 28.

objetivo¹¹, que “a **administração pública** pode ser definida como a **atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos**” (negritos da autora).¹²

Lucia Valle Figueiredo ao cuidar do tema e exarar o seu conceito, dispõe que: “A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário” (destaques da autora).¹³ Em seguida, passa a analisar os componentes de sua conceituação de função (*dever do Estado ou de quem aja em seu nome; fiel cumprimento, no caso concreto, aos comandos normativos de maneira geral ou individual; sob regime prevalente de direito público; controle interno e externo pelo Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas e revisão pelo Judiciário*), onde dois deles se nos afiguram como os mais importantes, pois diretamente ligados ao tema escolhido: função administrativa enquanto dever do Estado ou de quem aja em seu nome, e a necessidade de revisão pelo Judiciário.

Feita a colocação de função como *dever* do Estado ou de quem em seu nome a exercite, não se pode esquecer o precioso ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que dispõe que a Administração exerce função - função administrativa. Essa função existe quando alguém está investido não no poder, mas *no dever* de satisfazer certas finalidades para *interesse de outrem*, onde para atingir tal fim necessita de poderes.¹⁴ Conclui o ilustre administrativista que, na realidade, o que existe para que o sujeito investido na função possa desincumbir-se de seu dever é o manejo do *dever-poder*, pois os poderes nada mais são que meros instrumentos para a realização de tal mister, tudo em vista da necessária submissão da administração à lei.¹⁵

Voltando à noção de função administrativa e em vista dos ensinamentos trazidos a lume, entendemos assistir razão a Lucia Valle Figueiredo no sentido de que os

¹¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 55.

¹² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *op. cit.* p. 55.

¹³ *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.* pp. 31/32.

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 31.

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*, pp. 13/15.

autores, de uma maneira expressa ou implícita, acatam que a função administrativa se dará sob a égide da lei; que sua finalidade - fins “encampados pelo ordenamento jurídico” - é perseguida pelo Estado; que a função administrativa, quer pelo conceito orgânico, material ou misto, não esgota a “complexidade dos atos materialmente administrativos praticados pelos diversos órgãos da administração”, ou seja, os órgãos, além de seus atos preponderantes, praticam funções típicas e atípicas.¹⁶

Postas as coisas sob esse prisma, podemos conceituar função administrativa como sendo *o dever do Estado ou de seus agentes com poderes de representação para que, de forma típica ou atípica, sob a égide do direito público e submissão obrigatória à lei, concretizem os comandos normativos em busca da finalidade legal e do interesse coletivo, através de atos e ações sujeitas ao controle interno de cada poder, ao controle externo pelo Legislativo e ao controle jurisdicional.*

Assim, ao se falar em dever do Estado, pode o mesmo ser entendido como qualquer função estatal praticada não só pelo Executivo, mas também pelo Legislativo e pelo Judiciário, no exercício da função administrativa de forma atípica¹⁷, igualmente sujeita ao controle externo e revisível pelo Judiciário por força de imperativo constitucional.¹⁸

1.2. Ato administrativo

Ao tratar do conteúdo dos atos administrativos enquanto exercício da função administrativa atípica, praticados pelos poderes Legislativo e Judiciário, necessário se faz identificar e conceituar ato administrativo.

A essência dos atos administrativos vai ser encontrada nos valores do Estado de Direito, onde Geraldo Ataliba, em imortal obra - República e Constituição - prescreve magistério no sentido de que só se pode falar em Estado de Direito quando “nele se reúna à característica da subordinação à lei, a da submissão à jurisdição, nos termos postulados por Giorgio Balladore Pallieri (v. *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Milão,

¹⁶ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 31.

¹⁷ Lucia Valle Figueiredo, ob. cit. p. 31. A autora assinala que Alessi admite o exercício de funções típicas e atípicas por parte do órgão competente, com o que concordamos.

¹⁸ Art. 5º, inc. XXXV da Constituição da República.

Giuffrè, p. 80 e ss. espec. e 85 - destaques do autor)".¹⁹ Por esses motivos se defende que “a conceituação de ato administrativo -no verdadeiro Estado de Direito-, extraída dos vetores principiológicos da Constituição, deve espelhar com fidedignidade as garantias dos administrados”.²⁰

A conceituação de ato administrativo, conforme já sabido, não é algo pacífico na doutrina, quer com relação à sua identificação, quer com relação ao seu conteúdo. Contudo, pode-se dizer que o ato administrativo é o elo de comunicação entre a administração e os administrados.²¹

¹⁹ Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, pp. 94/95, igualmente citado por Lúcia Vale Figueiredo, op. cit. p. 124, traz importante magistério, motivo pelo qual tomamos a liberdade de transcrever parte do pensamento do inesquecível professor: “Este notável publicista milanês insiste em que só é possível reconhecer Estado de Direito onde: a) o estado se submeta à jurisdição; b) a jurisdição deva aplicar a lei preexistente; c) a jurisdição seja exercida por uma magistratura imparcial (obviamente independente) cercada de todas as garantias; d) o estado a ela se submeta como qualquer *pars*, chamada a juízo em igualdade de condições com a outra *pars*. ... Assim, só se reconhecem afirmados os padrões do constitucionalismo onde o ideário das Revoluções Francesa e Americana se traduziu em preceito constitucional, em torno da teoria da tripartição do poder, fórmula empírica - resultante da experiência histórica - que assegura a independência do Judiciário e idoneidade aos meios e modos de exercício da Jurisdição. Aí onde prevaleçam os princípios informadores desse esquema, haverá garantia dos supremos bens individuais e sociais, as liberdades públicas. Como fórmula de proteção destes valores fundamentais - justificadores de todas as teorias políticas democráticas e inspiradores de todas as fórmulas estruturais de estado, propostas ao longo da evolução dos ideais constitucionais - surgiu, há muito, no direito público inglês, a cláusula *due process of law*, ... De acordo com os postulados resumidos nesta fecunda expressão, preme de conteúdo constitucional, os direitos à vida, liberdade e propriedade são protegidos contra o poder, por um processo ordenado, leal e adequado, segundo o direito; isto veio a significar, hodiernamente: processo contraditório, no qual as partes são tratadas com igualdade, na forma de normas adjetivas claras, aplicando-se lei prévia, mediante a autoridade imparcial e independente, de um juiz *natural*. Tal é a garantia processual que nos oferece o direito constitucional positivo brasileiro. Deveras, a República que erigimos é a expressão concreta do Estado de Direito que a cidadania brasileira quis criar, ao plasmar suas instituições. A partir da consciência cívica da titularidade da *res publica* e da convicção da igualdade fundamental entre todos os cidadãos, estruturou-se o Estado brasileiro na base da idéia de que o governo seria sujeito à lei e esta haveria de emanar do órgão da representação popular. Destarte, o formidável poder que os cidadãos conferiram ao Estado **há de ser exercido por órgãos autônomos e independentes entre si, com funções delimitadas, e jamais poderá ser exercitado (tal poder) de modo a sobrepassar certas barreiras, postas como seu limite, no próprio texto expressivo dessa manifestação de vontade criadora do Estado.** Daí a isonomia que os cidadãos põem como premissa da própria disciplina do poder; subseqüentemente o estatuto de legalidade e, por fim, a proteção às liberdades públicas, delineadas como direitos individuais. Implicadas nesse contexto estão a certeza do direito objetivo e a segurança dos direitos, como condições de eficácia do sistema” (destaques do autor - negrito nosso). **OBS: A transcrição na íntegra do presente texto se dá em vista da necessidade de se firmar a noção de limites dos poderes dentro do Estado de Direito, posto que mais adiante, ao tratarmos dos atos do “corpo interno”, se justificará a necessidade que advogamos de uma delimitação dos mesmos e um controle jurisdicional menos generoso, em vista de excessos praticados, nesses atos, tidos como quase totalmente inatacáveis.**

²⁰ Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 124.

²¹ J. Cretella Jr., *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, op. cit. p. 113: “O porta-voz do Poder Executivo é o ato administrativo. Também o ato administrativo é elemento de ligação entre o *quantum* de Administração que existe nos outros dois Poderes e os destinatários da medida editada. A comunicação

A expressão *ato administrativo* é recente e apareceu para substituir termos mais antigos, como “*atos do fisco*”, “*atos do rei*”, “*atos da coroa*”.²² Hely Lopes Meirelles, muito embora não empreste relevo à expressão função administrativa (*ora denominada como função executiva ora como atividade administrativa*), para o exercício do ato administrativo, entende que o conceito de ato administrativo guarda estreita relação com o conceito de ato jurídico, cuja diferença diz respeito a finalidade pública.²³ O saudoso mestre conceitua ato administrativo como sendo “*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*” (itálicos do autor), ofertando ressalva quanto a unilateralidade, que entende como vontade única do Poder Público, caracterizadora que é do típico ato administrativo.²⁴

José dos Santos Carvalho Filho igualmente faz menção ao ato jurídico e destaca que o fato administrativo difere do fato jurídico encontrado em sede de direito privado. Para ele, fato jurídico é aquele com capacidade de produzir efeitos na ordem jurídica, originando ou extinguindo direitos, enquanto que fato administrativo é divorciado desses conceitos “pois não leva em consideração a produção de efeitos jurídicos, mas, ao revés, tem o sentido de *atividade material* no exercício da função administrativa, que visa efeitos de ordem prática na administração” (destaque original).²⁵ Continuando a sua explanação para chegar ao conceito de ato administrativo, apresenta vários pontos de convergência entre as noções de ato jurídico e ato administrativo a partir do direito privado. Por fim, conclui propugnando pela existência do elemento vontade, e que ato jurídico é gênero e ato administrativo é a espécie.

O mesmo autor assinala que em vista da ausência de uniformidade doutrinária para a conceituação de ato administrativo, entende necessário ressaltar três pontos fundamentais para se chegar a um conceito que atenda ao exato perfil do instituto: *a vontade deve emanar de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas*

entre as pessoas públicas e os administrados se concretiza por meio do *ato administrativo*” (itálicos do autor).

²² J. Cretella Jr., op. cit. p. 115.

²³ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 132

²⁴ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit. p. 133.

²⁵ José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, pp. 59/61.

desta; o conteúdo deverá propiciar efeitos jurídicos com fim público, e que essa categoria de atos deverá ser regida basicamente pelo direito público. Assim, conceitua ato administrativo “como sendo a exteriorização da vontade da Administração Pública ou de seus delegatários que, sob regime de direito público, tenha por fim adquirir, resguardar, modificar, transferir, extinguir e declarar situações jurídicas, com o fim de atender o interesse público” (destacamos).²⁶ No mesmo sentido são os ensinamentos de J. Cretella Jr., para quem ato jurídico é gênero e ato administrativo é espécie, distinção que possibilitará identificar a posição de cada um dentro do mundo do direito. Cretella define ato administrativo de forma “*latissimo sensu*”²⁷ como sendo “a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa” (destacamos).²⁸

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho apresenta o ato como produto da função, e que, “orgânico por excelência, de conteúdo essencial programático, produto da função pública, o ato administrativo cumpre no mundo do direito tarefas de organização, de direção e de governo, sem as quais falecem as instituições básicas”, sendo primordial quer como conceito jurídico ou material, a distinção dos vários tipos de atividade estatal em função de um regime jurídico único, pois em vista de seu objetivo manifestado através da vontade, o ato administrativo independe de teorias, escolas ou modos que o expliquem juridicamente.²⁹ Prosseguindo, conceitua como ato administrativo “aquele ato jurídico por meio do qual a Administração na organização política realiza sua vontade segundo fundamentos subjetivos, objetivos, causais e formais, onde a

²⁶ José dos Santos Carvalho Filho, op. cit. p. 61.

²⁷ J. Cretella Jr., *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, op. cit. p. 123 (expressão utilizada pelo autor).

²⁸ J. Cretella Jr., op. cit. pp. 116 e 123/124.

²⁹ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Atos Administrativos*, op. cit. pp. 7/8 - “Só a finalidade vem qualificando a natureza do ato, dizendo para que serve e o que pretende, sobretudo porque o ato administrativo não é exclusivo do Poder Executivo, mas também do Legislativo e do Judiciário, quando resultante de atividade orgânica peculiar. Portanto, pela finalidade, o ato categoriza-se, ganha categoria própria, denominação conveniente adequada a fins, alcance marcado no fato e na lei, aparecendo a vontade materializada, a declaração do que a Administração quer no aspecto formal determinativo”.

motivação previne a legitimidade e a finalidade na sua natureza jurídica” (destacamos).³⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar da definição de ato administrativo, elenca os inúmeros critérios existentes para tal mister, destacando os critérios *subjetivo* e *objetivo*, sendo que o primeiro realça o órgão que exercita a prática do ato, e, o segundo, empresta relevo ao ato conforme o tipo de atividade exercida. Assinala, ainda, que alguns dos critérios existentes encontram-se superados.³¹

Segundo o *critério subjetivo* (orgânico ou formal), os atos administrativos são apenas os ditados pelos órgãos administrativos, excluindo-se os oriundos dos órgãos legislativos e judicial, ainda que possuam natureza de ato administrativo, incluindo-se os atos da Administração (órgãos do Executivo). A autora aponta que esse critério tem sido questionado pela ausência de rigor científico, ao excluir do conceito de ato administrativo aqueles atos praticados pelos poderes Legislativo e Judiciário, pois, embora não originários da Administração, estão sujeitos a um mesmo regime jurídico pela similitude.³²

Ao cuidar do *critério objetivo* (funcional ou material), onde os atos administrativos são somente os praticados no exercício concreto da função administrativa, sejam oriundos dos órgãos administrativos ou dos órgãos judiciais e legislativos, a ilustre professora igualmente critica essa tese que, embora preferida pelos doutrinadores, vem recebendo o acréscimo de novos elementos, surgindo assim uma série de concepções mistas, combinando diferentes critérios. Após analisar as conceituações ofertadas por José Cretella Júnior e Celso Antônio Bandeira de Mello, faz opção por um conceito um pouco menos amplo e comentando vários dados define ato administrativo como **“a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz**

³⁰ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, op. cit. pp. 25/26 - Ao decompor o ato administrativo, o autor, valendo-se dos ensinamentos de vários juristas, destaca: - “o ato administrativo pode definir-se como um ato jurídico realizado pela Administração com suporte no Direito Administrativo”; - “pertence, genericamente, à categoria dos atos jurídicos que têm fundamento na teoria geral do direito e não em setores do ordenamento jurídico”. Toma caráter próprio o ato administrativo por dupla e originária circunstância: - “do ponto de vista *subjetivo* realiza toda a atividade de administração”; - “do ponto de vista *objetivo* está submetido ao Direito Administrativo”. Assinala ainda o autor que “o ato administrativo na organização estatal é sempre um fenômeno de natureza funcional, de características reguladas pelo direito público, importando em virtude de sua natureza jurídica a generalidade, a pluralidade e a singularidade”.

³¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 159.

³² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit. pp. 159/160.

efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário” (destaque original).³³

Agustín Gordillo, associando as idéias de função administrativa e ato administrativo, analisa passo a passo cada situação de concreção de aludido ato e conclui que é possível ter uma definição por demais ampla e vaga: “*és una declaración realizada em ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos*”; ou então, em vista da diferença de regime entre os atos realizados de comum acordo e as manifestações unilaterais (contratos administrativos e atos administrativos), centra o raciocínio exclusivamente sobre os atos administrativos, posto que os contratos possuem caracterização e denominação próprias: “*acto administrativo és una declaración unilateral realizada em ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos en forma directa*”; contudo, entende o autor que este pensamento é prematuro, pois se faz necessário diferenciar atos unilaterais gerais (para uma série indeterminada de casos) e atos unilaterais individuais (particulares, concretos, para um caso determinado ou casos distintos, individualmente especificados e determinados): “*...acto administrativo, como la declaración unilateral realizada em ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa*”. Para o mestre argentino essa definição restrita serve somente como finalidade metodológica e assinala para a possibilidade de dar ao termo “ato administrativo” um duplo uso: amplo e restrito. Em sentido amplo seria “*acto administrativo toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos y en sentido restringido sería solo la declaración unilateral e individual que produzca tales efectos jurídicos*”. Conclui Gordillo que poderá se preferir uma ou outra definição, por ser mais prática e útil, mas não pelo fato de imputar a uma delas a qualidade de única definição válida.³⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello inicia os seus ensinamentos sobre ato administrativo distinguindo fato jurídico de ato jurídico, sendo este uma fala prescritiva enquanto aquele não pronuncia coisa alguma.³⁵ Dessa distinção conclui o autor que a

³³ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, op. cit. pp. 160/162.

³⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit. pp. X-9/X-12.

³⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 268: “Atos jurídicos são declarações, vale dizer, são enunciados; são “falas” prescritivas. O ato jurídico é uma *pronúncia* sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela *deverá ser*. Fatos jurídicos não são declarações; portanto, não

administração “não só produz atos jurídicos mas também fatos jurídicos, e é preciso, então, separar os atos administrativos dos fatos da Administração”.³⁶

Ao cuidar da conceituação do ato administrativo, o ilustre administrativista pátrio assinala que “*não há definição legal de ato administrativo*” (destacamos)³⁷. Em vista dessa afirmação entende como normal a divergência doutrinária com relação a sua conceituação, alertando para o fato de que ninguém poderá avocar para si uma noção tida como verdadeiramente única. Por fim, destaca que a definição de ato administrativo vai depender do objeto tratado, do campo da realidade que vai ser cogitado, para que se possa localizar o rumo do discurso científico³⁸, assinalando sobre o tema a “insuperável exposição” apresentada por Gordillo.³⁹ Ao diferenciar atos da Administração de ato administrativo, acentua que a “*noção de ato administrativo não deve depender, isto é, não deve ser tributária, da noção de Administração Pública*”, concluindo que “*nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública*” (em nítida alusão aos atos administrativos praticados pelo Legislativo e pelo Judiciário - destacamos).⁴⁰

Assim, para Celso Antônio Bandeira de Mello, ato administrativo se apresenta como “*declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*” (itálico do autor).⁴¹

Assevera o autor que esse conceito de ato administrativo deve ser entendido em sentido amplo (Abrangendo atos gerais e abstratos - *regulamentos, instruções* - e atos

são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele” (os destaques são originais).

³⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 268.

³⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit. p. 268.

³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit. p. 269.

³⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit. p. 269, “in” nota de rodapé, onde remete o leitor à obra do mestre argentino, *El Acto Administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, 1969, pp. 19 a 27.

⁴⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit. p. 271: “**Por exemplo, os atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário, praticados pelas autoridades destes Poderes, ou as licitações efetuadas nestas esferas**” (destacamos).

⁴¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit. p. 271.

convencionais - *contratos administrativos*).⁴² Igualmente a exemplo de Gordillo, guardadas as devidas comparações, admite um conceito em sentido estrito, onde deverão ser acrescidos aos mesmos termos a concreção e a unilateralidade: “*declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*” (destaques e observações do autor). Restringe assim a noção de ato administrativo a uma categoria menor, excluindo-se os atos abstratos (regulamentos, instruções etc.) e os convencionais (“contratos administrativos”).⁴³

Por sua vez, Lucia Valle Figueiredo, ressaltando os ensinamentos de Gordillo sob o prisma do conceito, define ato administrativo como “*a norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário*” (os itálicos são da autora).⁴⁴

Ao decompor o seu conceito para explicá-lo, a autora faz alusão a *norma concreta* buscando afastar as normas gerais (regulamentos e contratos); inclui a expressão *norma emanada pelo Estado ou por quem esteja no exercício da função administrativa*, reafirmando posição no sentido de que não só o Executivo pratica atos administrativos, mas também o Legislativo e o Judiciário, como também os praticados no exercício da função administrativa⁴⁵, sendo que o Legislativo e o Judiciário exercitam função administrativa, “de maneira atípica”; acrescenta a finalidade de criar, extinguir, modificar ou declarar direitos (excluindo os atos de administração e os fatos administrativos, e incluindo os atos ilícitos por entender que a norma não é nula desde o início); as relações jurídicas entre o Estado e o administrado estabelecem os pólos da relação: de um lado quem exercita a função administrativa e de outro, para quem é

⁴² Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit. p. 272.

⁴³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 272.

⁴⁴ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 124/125.

⁴⁵ Lucia Valle Figueiredo, op. cit. p. 127, onde inclui os atos administrativos praticados “pelos delegados de serviço público”.

exercida; e, finalmente, a característica que entende como fundamental e essencial no Estado de Direito, ou seja, “sua contrastabilidade pelo Poder Judiciário”.⁴⁶

Postas as coisas dessa maneira, buscamos construir conceituação de ato administrativo ressaltando que adotamos os posicionamentos de Gordillo e Celso Antônio, no sentido de delimitar o objeto tratado e o campo de sua atuação, por questões de metodologia, praticidade e utilidade, e como Lúcia Figueiredo incluímos expressamente a necessidade de controle jurisdicional, posto que o tema eleito diz respeito aos atos administrativos praticados pelo Legislativo, no exercício da função administrativa de maneira atípica, notadamente os denominados “*interna corporis*”.

Assim, para nós, restrito ao tema proposto, *ato administrativo é a declaração do Estado de forma típica ou atípica, conforme o objeto e o campo de atuação das prerrogativas públicas, na aplicação da norma concreta produtora de efeitos jurídicos entre o Poder Público e o administrado, cuja edição é feita sob a égide do direito público, suscetível de controle jurisdicional.*

1.3. Atos de conteúdo administrativo praticados pelo Legislativo e pelo Judiciário

Em vista dos ensinamentos trazidos a lume, é de clareza mediana que os atos administrativos não são privilégio exclusivo do Poder Executivo, não se podendo olvidar que os poderes Legislativo e Judiciário praticam, igualmente, embora de maneira atípica no exercício da função pública e de uma competência administrativa, atos de conteúdo administrativo. Com efeito, essa competência é originária do exercício da função administrativa por esses poderes.

Uma vez que a função administrativa pode ser exercida de forma atípica pelos poderes Legislativo e Judiciário, é mister destacar que em seus respectivos campos de atuação esses poderes podem fazer regulamentos, desde que se restrinjam exclusivamente ao seu funcionamento e a sua organização interna.⁴⁷

⁴⁶ Lucia Valle Figueiredo, op. cit. pp. 125/128.

⁴⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit. p. VII-34: “Por lo tanto, puede haber reglamentos dictados por los órganos administrativos, y también, en sus respectivos campos de actuación, por los órganos legislativos y judiciales: en estos dos últimos casos los reglamentos se referirán exclusivamente al funcionamiento y organización interna de estos poderes”.

Estabelecidas premissas, faz-se necessário qualificar os atos administrativos praticados por outros órgãos estatais que não a Administração, entendendo esta como um dos órgãos do Executivo.

José Cretella Jr. entende ser preponderante diferenciar *ato formal* e *ato material* para a localização dos atos administrativos. Assim, em sentido formal ou orgânico (critério subjetivo) atribui ao Executivo a edição dos atos administrativos, “*mesmo que materialmente não o seja*” (destacamos). Já, em sentido material, aludindo ao objetivo visado e aos efeitos jurídicos enquanto finalidade, ato administrativo é aquele através do qual o Estado “*determina situações jurídicas individuais ou concorre para que tais situações se formem*” (destacamos), sendo irrelevante qual o órgão prolator. E conclui que sob o aspecto material, além dos atos de prática normal por parte do Executivo, incluem-se os de iniciativa do Judiciário e do Legislativo.⁴⁸ O autor busca corroborar o seu entendimento, informando ser unanimidade entre os autores do direito público a “clássica divisão do ato administrativo em *formal* e *material*”, tendo em vista sua utilidade para identificar o órgão emanador originário, bem como o seu conteúdo. E conclui: “*Material* é o ato administrativo **editado pelo Legislativo e pelo Judiciário**” (itálico do autor - negritamos).⁴⁹

Conforme já trazido à colação, os conceitos orgânico, material ou misto são insuficientes para explicar os atos administrativos praticados pelos demais órgãos do Estado. Assim, afastamo-nos do entendimento tradicional (divisão do ato administrativo em formal e material) e acolhemos os ensinamentos de Renato Alessi e Lucia Valle

⁴⁸ J. Cretella Jr., *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, op. cit. p. 137: “*Em sentido formal ou orgânico - critério subjetivo -, ato administrativo é todo aquele que emana do Poder Executivo, da Administração, mesmo que materialmente não o seja. Em sentido material, isto é, quanto ao objetivo visado e aos efeitos jurídicos perseguidos, ato administrativo é todo aquele por meio do qual o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para que tais situações se formem, não interessando, de modo algum, a natureza do órgão de onde se origina a medida. Assim, sob o aspecto material, além dos que normalmente se praticam pelo Poder Executivo, devem incluir-se os de iniciativa do Poder Judiciário, como no caso em que os tribunais concedem licenças e férias a seus membros, ou então, no caso em que o magistrado faz correições, bem como quando, outrora, ao examinar os autos, o juiz mandava selá-los e prepará-los, ou ordenava que se completasse a selagem. Do mesmo modo, o Poder Legislativo edita atos administrativos, pelo conteúdo, quando trata de sua organização, criando cargos e dando-lhes provimento, ou quando, excepcionalmente, vota lei com objetivo individual como, por exemplo, ao conceder dignidade a personagem ilustre*” (destaques do autor).

⁴⁹ J. Cretella Jr., *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, op. cit. pp. 174/175.

Figueiredo⁵⁰, para quem os Poderes Legislativo e Judiciário “*exercitam função administrativa, de maneira atípica, e, em consequência, emanam atos administrativos*” (destacamos).⁵¹

CAPÍTULO II

2. OS “*INTERNA CORPORIS*”

2.1. *Fundamento*

Os atos denominados *interna corporis* ou atos do corpo interno, enquanto atos de conteúdo administrativo praticados (embora de forma atípica) pelo Legislativo e pelo Judiciário, no exercício da função pública e de uma competência administrativa originária do exercício da função administrativa por esses poderes, encontram fundamento na própria Constituição da República.

Nos dizeres de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, não se pode olvidar que “a personalidade jurídica do Estado surge diretamente dos textos constitucionais e conferindo aos poderes potestades públicas. Tais potestades, onde se imponham, resultam de normas reguladoras dos procedimentos e processos administrativos. A questão, no entanto, considerados os poderes na sua devida posição constitucional, é de função administrativa compatível, de *função* que leva à prática de atos administrativos, ...” (destaque do autor).⁵²

Esses atos emanam dos referidos Poderes em vista de possuírem prerrogativas próprias no regular exercício de suas funções institucionais, conforme previsão existente na Lei Fundamental.

⁵⁰ Renato Alessi, *Principi di Diritto Administrativo*, Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1971, p. 10, *apud* Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 28. Vide ainda da mesma autora. op. cit. p. 127, conforme já citado.

⁵¹ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. pp. 126/127 - Destaca ainda a autora, o disposto no art. 93, inc. X da Constituição Federal, que expressamente faz menção às decisões administrativas do Judiciário.

⁵² Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Atos Administrativos*, op. cit. p. 317.

No Poder Legislativo, para exemplificar, podemos citar no âmbito de sua competência privativa alguns desses atos, tais como: as deliberações de cada Casa e de suas comissões serão tomadas por maioria dos votos (art. 47, CF); a elaboração de seus regimentos internos (arts. 51, III, 52, XII e 57, § 3º, inc. II, CF); regular a criação de serviços comuns às duas Casas (art. 57, § 3º, II 2ª parte, CF); dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, (arts. 51, IV e 52 XIII, CF); eleger as respectivas Mesas (art. 57, § 4º, CF); constituir comissões permanentes e temporárias na forma regimental ou no ato de que resultar sua criação (art. 58 “caput”, CF), estabelecendo o âmbito de suas competências (art. 58, § 2º e incisos, CF), e ainda, criar Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º, CF), dentre outros, conforme se verá oportunamente.

Noutro giro, agora já no âmbito privativo do Judiciário, encontramos: a eleição de seus órgãos; a elaboração de seus regimentos internos dispendo sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; organização de suas secretarias e serviços auxiliares (art. 96, I, “a”, “b”, CF); deliberações sobre sua organização interna do Plenário, do Conselho Superior da Magistratura, ou da Presidência, além de outras previstas em sede dos respectivos regimentos internos.

2.2. *Conceito*

Razão assiste a Lucia Valle Figueiredo quando assevera que “os atos *interna corporis* ainda não foram suficientemente estudados pela doutrina”.⁵³ Comprova a assertiva a escassez de autores que cuidam especificamente, e com profundidade, do tema, ressalvadas raras exceções. Feita essa observação preliminar, para que possamos conceituar os atos do corpo interno é necessário colher o máximo de informações expressas e implícitas.

Assim, para extrairmos um conceito sobre atos do corpo interno, o ponto de partida será o significado da própria expressão:

⁵³ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 157.

“**INTERNA CORPORIS**. *Locução latina*. No âmbito interno de um órgão de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado”.⁵⁴

José dos Santos Carvalho Filho assim se pronuncia sobre o tema: “Ato *Interna corporis* são aqueles praticados dentro da competência interna e exclusiva dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário. ... têm embasamento constitucional, vale dizer, a competência interna e exclusiva está demarcada na Constituição”.⁵⁵

Para Henrique de Carvalho Simas, são considerados “*interna corporis*, num sentido amplo, todos os atos que provêm das câmaras legislativas, ou que representam resoluções delas emanadas. Num sentido mais restrito, seriam somente aqueles atos que interessam, direta e indiretamente, à economia interna das assembleias, como a escolha da Mesa, a aprovação de Regimento, as resoluções internas, a constituição de Comissões, aos quais seria vedada a revisão judicial”.⁵⁶

Hely Lopes Meirelles inicia o seu estudo sobre os atos do corpo interno destacando os atos do Poder Legislativo. O saudoso mestre chama atenção para o fato de que “em sentido técnico-jurídico, *interna corporis* não é tudo que provém do seio da Câmara ou de suas deliberações internas. *Interna corporis* são só aquelas questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que por sua própria natureza são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara” (itálicos do autor).⁵⁷ Já com relação aos atos do Poder Judiciário, o administrativista destaca que por “analogia com os Legislativos têm-se reconhecido como *interna corporis* dos tribunais judiciais aquelas questões afetas à sua organização interna, que o Plenário, o Conselho Superior da Magistratura ou a Presidência podem solucionar soberanamente (...)”.⁵⁸

Ao examinar a exposição sobre os atos *interna corporis* ofertada por Hely Lopes Meirelles, Lucia Valle Figueiredo destaca que “os atos do corpo interno deverão estar condizentes, coerentes com a Constituição ao serem emanados, e, ademais disso, ser

⁵⁴ Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, Volume 2 - D-I, p. 883.

⁵⁵ José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, op. cit. p. 579.

⁵⁶ Henrique de Carvalho Simas, *Manual Elementar de Direito Administrativo*, p. 123.

⁵⁷ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit. p. 610.

⁵⁸ Hely Lopes Meirelles, op. cit. p. 611.

executados fielmente, pois, uma vez estabelecidos, outorgam direitos subjetivos àqueles alcançados por suas disposições”.⁵⁹

Depreende-se dos conceitos trazidos à colação que os autores, de maneira unânime, admitem que os atos do corpo interno se dão dentro da corporação de direito público ou de direito privado, exercitando uma competência interna deferida e delimitada pela Constituição. São voltados para a sua economia interna, seus privilégios e suas deliberações, outorgando direitos subjetivos aos que a eles se submetem. Ora, ao se afirmar que esses atos outorgam direitos, não há como admitir serem eles, os *interna corporis*, imunes ao controle jurisdicional, notadamente quando violar os direitos por eles gerados ou deixar o âmbito interno invadindo esfera de direito causando lesões, sob pena de se criar instrumento de arbítrio e desvio de poder, situação esta não conciliável com o regime do Estado de Direito.

Estabelecidos esses parâmetros e como o tema se limita aos atos praticados pelo Legislativo e pelo Judiciário, podemos definir *interna corporis* como os *atos praticados no âmbito de um órgão de pessoa jurídica de direito público, no exercício de uma competência exclusiva, prevista constitucionalmente, voltados para a economia interna da corporação, aos seus privilégios e suas deliberações, outorgando direitos àqueles sob sua égide, e suscetíveis de revisão jurisdicional.*

Poder-se-á argumentar que esse conceito, notadamente com relação a contrastabilidade do ato pelo Poder Judiciário, caminha na contramão da quase unanimidade da doutrina. Não pensamos dessa maneira. Entendemos que esses atos deverão ser delimitados e a extrapolação desses limites não poderá ser excluída do controle jurisdicional, até por força de mandamento constitucional.⁶⁰

2.3. Espécies

Para fins de delimitação dos atos *interna corporis*, é forçoso destacarmos as suas várias espécies para que se possa avaliar e justificar a possibilidade da revisão jurisdicional.

⁵⁹ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 159.

⁶⁰ No Art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, encontramos determinação no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça de direito*” (destacamos).

Podemos considerar como ato *interna corporis* do Legislativo a formação ideológica da lei, cuja competência em sede de processo legislativo é reservada à exclusiva apreciação e deliberação plenária.⁶¹ Outros atos pertinentes à economia interna e aos privilégios do Legislativo poderão ser destacados como, v.g., a escolha através de eleição interna dos membros que irão compor a Mesa Diretora da Casa Legislativa; os atos que digam respeito aos poderes, proibições, comportamentos e incompatibilidades de seus membros, tais como cassação de mandatos e concessão de licenças, dentre outros; os atos de exercício e utilização de suas prerrogativas institucionais como o seu modo de funcionamento, a elaboração de seu regimento interno, a criação e constituição das Comissões Permanentes e Especiais (transitórias), bem como o seu âmbito de atuação e de suas deliberações, a organização de seus serviços auxiliares etc., e, ainda, “*a valoração das votações*” (destacamos).⁶²

Com relação ao Poder Judiciário encontramos como atos de seu corpo interno a elaboração de seu regimento interno, a eleição interna de seus dirigentes, a distribuição de seus integrantes em Câmaras ou Turmas, a ordem de votação dos processos nas Turmas ou Câmaras obedecendo a anterioridade de seus membros, as decisões administrativas e as deliberações normativas, dentre outras.

2.4. Dos Regimentos Internos

A elaboração dos respectivos regimentos internos pelos Poderes Legislativo e Judiciário, dispondo sobre a competência e funcionamento de seus respectivos órgãos, encontra amparo na Constituição da República.⁶³

J. J. Gomes Canotilho, ao cuidar da natureza jurídica sobre a competência interna da Assembléia, dispõe que a ela compete elaborar e aprovar o seu regimento interno, com publicação obrigatória no Diário da República. E mais. Ao cuidar dos “*Actos interna corporis*”, notadamente o regimento, dispõe que este “é um verdadeiro estatuto, com normas directamente executivas da Constituição (*Ergänzungsnormen*,

⁶¹ Aproveitamos aqui a essência do pensamento de Hely Lopes Meirelles, “In” *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit. p. 610.

⁶² Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit. p. 610.

⁶³ **Poder Legislativo:** Arts. 51, III; 52, XII e 57, § 3º, inc. II, CF. **Poder Judiciário:** Art. 96, inc. I, alínea “a”, CF.

Ausführungsnormen zur Verfassung), como são, por ex., as normas referentes aos direitos dos deputados e grupos parlamentares (arts. 159.º e 183.º) e ao processo de formação das leis. O regimento é, assim, um acto normativo específico não reconduzível a acto legislativo”.⁶⁴

Por sua vez, Lucia Valle Figueiredo assevera que os regimentos internos “*ou quaisquer outros atos internos cujo objetivo seja a disciplina interna corporis, como é óbvio, não poderão deixar de se subsumir à Constituição, como já frisado, que garante direitos individuais, coletivos e difusos*” (destacamos).⁶⁵

Destacando a importância dos regulamentos dos Poderes Judiciário e Legislativo, Agustín Gordillo os compara aos editados pela administração, afirmando que estes são igualmente administrativos, posto que regulam a parte administrativa (organização e procedimento interno) do exercício da função legislativa e jurisdicional. Assim, a eles devem ser aplicados a lei e os princípios gerais do procedimento administrativo.⁶⁶

Hely Lopes Meirelles ao cuidar dos regimentos, dispõe que os mesmos “*são atos administrativos normativos de atuação interna, dado que se destinam a reger o funcionamento de órgãos colegiados e de corporações legislativas. Como ato regulamentar interno, o regimento só se dirige aos que devem executar o serviço ou realizar a atividade funcional regimentada, sem obrigar aos particulares em geral. (...) Enquanto os regulamentos externos emanam do poder regulamentar, os regimentos provêm do poder hierárquico do Executivo, ou da capacidade de auto-organização interna das corporações legislativas e judiciárias, razão pela qual só se dirigem aos que se acham sujeitos à disciplina do órgão que os expediu*” (destacamos).⁶⁷

⁶⁴ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 927/928.

⁶⁵ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 159, dispondo sobre os Regimentos Internos dos Poderes Legislativo e Judiciário.

⁶⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit. p. VII-67: “Además de los reglamentos internos que dictan la administración y las autoridades administrativas independientes hay que mencionar los que dictan respectivamente el Poder Legislativo y el Poder Judicial, que participan de las mismas características de los dictados por la administración y son igualmente administrativos; ello, porque reglan precisamente la parte administrativa (organización y procedimiento interno) del ejercicio de la función legislativa y jurisdiccional, respectivamente. En todos esos reglamentos y procedimientos, estimamos en principio aplicable, *mutatis mutandi*, la ley y los principios generales del procedimiento administrativo (vista de las actuaciones, necesidad de motivar los actos, amparo por mora de la administración, etcétera)”.

⁶⁷ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit. pp. 164/165.

Via de regra o regimento das Casas Legislativas é proposto através de resolução, ou, como já dissemos em outra oportunidade, é a “deliberação plenária destinada a regular matéria político-administrativa de competência exclusiva da Câmara, mas produzindo apenas efeitos internos”.⁶⁸ Após o regular trâmite legislativo e aprovação pelo plenário, a resolução que instituir o regimento interno deverá ser promulgada e publicada pela presidência do Legislativo, para que possa produzir os seus regulares efeitos.

O regimento em sede do Executivo normalmente estabelece regras sobre o trâmite interno dos processos e recursos administrativos, e sobre os vários procedimentos da administração. No Judiciário, os regimentos dos Tribunais “geram não somente para os membros que integram o órgão colegial, como também para aqueles que se encontrarem debaixo de suas regras, o direito subjetivo de ver assegurado seu cumprimento”.⁶⁹ Já no âmbito do Legislativo, o regimento é quem vai disciplinar o procedimento legislativo, os trabalhos dos parlamentares, da Mesa diretora e da presidência, estabelece o funcionamento do Plenário, os prazos, as falas, o “quorum” para as deliberações, a formação e atuação das Comissões Permanentes e Especiais (transitórias), e demais atos da economia interna da Casa, ou seja, as normas regimentais darão vida aos atos *interna corporis*.

Para os “agentes sujeitos às normas regimentais, o regimento é a *lei da casa*” (itálico do autor).⁷⁰ Entendemos que a expressão “*lei da casa*” não corresponde à exata natureza jurídica dos regimentos internos, uma vez que estes, na qualidade de *ato administrativo normativo*, se constituem no *regulamento* da instituição. Lucia Valle Figueiredo dispõe que “*estabelecido determinado procedimento interno, têm aqueles que por ele devem se pautar que respeitá-lo e vê-lo rigorosamente respeitado*” (destacamos).⁷¹ Por seu turno, Hely Lopes Meirelles assevera que a violação da norma regimental “*pode dar ensejo à invalidação do ato anti-regimental, desde que lesiva de direito individual ou prerrogativa da função*” (destacamos).⁷²

⁶⁸ João Jampaulo Júnior, *O Processo Legislativo Municipal*, p. 142.

⁶⁹ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 160.

⁷⁰ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit. p. 165.

⁷¹ Lucia Valle Figueiredo, op. cit. p. 159.

⁷² Hely Lopes Meirelles, op. cit. p. 165.

Preferimos ir mais além. Qualquer ato praticado em desobediência ao regimento interno não é passível de invalidação somente se atingir direito individual ou prerrogativa de função, mas também quando extrapolar o seu âmbito de atuação, deixando de ser questão interna e ficando, assim, sujeito a controle jurisdicional. Tal se justifica pelo fato de que os regimentos internos, principalmente nas Casas legislativas, são editados através de Resoluções, produtoras de efeitos internos exclusivamente.

Tendo em vista esse nosso posicionamento, acolhemos a lição de Lucia Valle Figueiredo, para quem “*a afirmação de que os chamados atos interna corporis não se submetem a controle jurisdicional deve ser feita com demasia de cuidados*” (destacamos).⁷³

CAPÍTULO III

3. SISTEMAS DE CONTROLE DOS “*INTERNA CORPORIS*”

3.1. *Primeiras considerações*

José Cretella Jr. leciona que “o ato administrativo deve ser *perfeito* e, nesse caso, é incensurável”.⁷⁴ Ocorre, todavia, que toda vez que o ato for editado com vício de ilegalidade, ou abuso de poder, poderá ele ser contrastado pelo Poder Judiciário por força do que dispõe o inciso XXXV do artigo 5º da Lei Fundamental.

Uma vez que o ato administrativo deverá sempre ser editado sob o império do princípio da legalidade, é imprescindível a existência de mecanismos de controle para que essa regra seja observada, ou como diz José Cretella Jr., “é necessário, pois, que todo aparelhamento do Estado, localizado nos órgãos dos três Poderes, lhe controle os

⁷³ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 160.

⁷⁴ J. Cretella Jr., *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, op. cit. p. 329.

atos, efetivamente, na prática, mediante uma série de mecanismos, de “freios e contrapesos”, que se reduzem, na realidade, a três tipos de controles: o *controle administrativo* (ou *autocontrole*), o *controle legislativo* e o *controle jurisdicional*” (itálicos originais). Alerta ainda o autor que este último, o *controle jurisdicional*, se apresenta como o mais eficiente⁷⁵, colocação que também adotamos por entendê-la acertada, conforme se demonstrará mais adiante.

Assim, dentro do âmbito de estudo objeto deste trabalho, e após meditarmos sobre a questão, cuidaremos da necessidade de uma delimitação e um controle mais acentuado dos atos *interna corporis*, bem como, através de alguns exercícios de raciocínio, imaginar, ao menos em tese, outras possíveis formas de controle dos atos do corpo interno, dentro das Casas Legislativas. Após, ingressaremos no campo do controle jurisdicional, tudo sem embargo das demais formas de controle existentes.

3.2. *Interna Corporis: necessidade de uma delimitação*

Conforme já assinalado no final do capítulo anterior, advertência da Prof^a Lucia Valle Figueiredo é extremamente procedente ao dizer que devemos acolher com reservas a assertiva de que os denominados *interna corporis* não são suscetíveis de controle jurisdicional, “*porque ainda assim, será pouco*” (destacamos). A doutrinadora justifica a sua temeridade porque “*a trilha a percorrer a fim de se dar o justo dimensionamento ao conceito e possibilitar que ditos atos não sirvam ao arbítrio tão repudiado pelos regimes democráticos será a mesma percorrida pelo ato discricionário, também inicialmente entendido como não passível de controle jurisdicional, a não ser em casos quase teratológicos*” (destacamos).⁷⁶

Tendo em vista essa preocupação, quais seriam os limites dos atos do corpo interno? Devem eles ser interpretados com generosa largueza de atuação? O controle jurisdicional seria um controle restrito ou poderá avançar na análise do âmbito de atuação e resultados produzidos? Essas questões de há muito estão a merecer reflexão mais profunda, posto que a necessidade de delimitação dos *interna corporis* e a

⁷⁵ J. Cretella Jr., op. cit. p. 329.

⁷⁶ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p.160.

instituição de formas mais severas de controle poderão impedir a extrapolação de seu campo de atuação e por conseqüência o arbítrio, o desvio de poder e a violação ou lesão a direitos constitucionalmente tutelados. Na mesma proporção que os atos administrativos em geral, os atos do corpo interno estão igualmente submissos ao princípio da legalidade, que deverá ser dilatado de maneira mais ampla e extensa, ou seja, não só restrito a obediência à lei, mas em “*conformidade ao Direito*” (destacamos).⁷⁷

Por todos esses motivos, é verdadeira a assertiva advogando a necessidade de confinamento dos *interna corporis*, a despeito do que foi feito com os atos *discricionários*, “*em sua justa moldura e não alargar o conceito a dimensões insuportáveis, a excluir da possibilidade de contraste jurisdicional lesões perpetradas ao abrigo de atingimento da economia interna do Poder*” (destacamos), não importando se na órbita do Legislativo ou do Judiciário.⁷⁸

Os atos *interna corporis* devem ficar restritos a sua órbita exclusiva de atuação, ou seja, no âmbito interno das corporações, e mesmo assim sujeitos ao controle jurisdicional no que diz respeito às normas constitucionais, legais e regimentais quando de suas edições. E vamos mais além. Por que não sujeitar à contrastabilidade pelo judiciário os demais elementos dos atos administrativos, também presentes - guardadas as devidas proporções - nos atos do corpo interno, tais como o vício de competência, de forma, inexistência de motivos e desvio de finalidade? Fazemos essas colocações que serão mais adiante debatidas em sede de controle jurisdicional, pois os atos imunes a esse contrastamento representam minúscula parcela no universo em estudo.

3.3. Sistema de controle interno

Um sistema de controle interno poderia ser destinado para filtrar ou mesmo coibir a edição de atos *interna corporis* com máculas. Seria como uma espécie de

⁷⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 36.

⁷⁸ Lucia Valle Figueiredo, op. cit. p. 160.

instrumento de garantia visando obstar violações grosseiras, praticadas sob o manto da economia interna.⁷⁹

3.3.1. Controle legislativo preventivo

Várias são as formas que se pode imaginar, ao menos em tese, para um controle dos *interna corporis*. Tomando por parâmetro o controle da constitucionalidade somente para os fins dessa reflexão, transportamos para essa linha de raciocínio o pensamento de J. J. Gomes Canotilho, para quem o momento da entrada em vigor do ato pode ser utilizado como um critério de classificação para o exercício de controle. Se o ato é imperfeito, carecendo de eficácia jurídica, diz-se que o controle é *preventivo*. Todavia, se o ato estiver aperfeiçoado, “*pleno de eficácia jurídica*” (destacamos), dir-se-á que esse controle é *sucessivo ou a posteriori*.⁸⁰ Igualmente e com as devidas adaptações e ressalvas, podem ser utilizados os ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, ao cuidar dos controles preventivo e repressivo, dispõe que o primeiro ocorre antes do ato se aperfeiçoar, e o segundo após o ato aperfeiçoado, ou seja, com sua entrada em vigor.⁸¹

Dentro do sistema pátrio, a *Comissão Permanente de Justiça* existente nas Casas Legislativas poderia ficar incumbida do exercício de um controle legislativo preventivo dos *interna corporis*, até por obediência ao princípio da legalidade, da forma e da motivação dos atos administrativos.

3.3.2. A Comissão Permanente de Justiça

As comissões legislativas encontram sua fundamentação no artigo 58, parágrafos e incisos da Constituição da República. São elas pequenos colegiados, cuja atribuição é estudar, investigar determinado assunto. Elas poderão ter o caráter permanente e o caráter especial (transitório), e seus trabalhos deverão estar encerrados até o término da

⁷⁹ Conforme já dito, ferindo direitos ou extrapolando o âmbito de atuação interna, limite dos atos do corpo interno, e até mesmo caracterizando desvio de poder.

⁸⁰ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, op. cit. p. 967.

⁸¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 31.

legislatura. As comissões permanentes, instituídas pelo Regimento Interno das Casas Legislativas, são organizadas em função da matéria. Já as comissões especiais (temporárias), são criadas por ato próprio para finalidade e objeto específicos e normalmente por prazo determinado.⁸²

Hely Lopes Meirelles, ao cuidar das comissões parlamentares, dispõe que as mesmas “*são órgãos internos da Câmara, instituídos em razão do poder político da corporação legislativa, mas destinados a praticar atos simplesmente administrativos. As comissões não legislam, não deliberam, não administram, nem julgam; apenas estudam, investigam e apresentam conclusões ou sugestões, concretizadas em pareceres de caráter meramente informativo para o plenário*” (destacamos)⁸³.

Conclui-se, pois, que as comissões permanentes são aquelas que a Casa Legislativa prevê e institui através de seu regimento, como órgãos internos e especializados em determinadas matérias⁸⁴, compostas para apreciar e emitir parecer prévio sobre os projetos que devam ser submetidos ao plenário. Assim, sem embargo de outras opiniões, não existem quaisquer inconvenientes no sentido de que um órgão interno e essencialmente técnico (Comissão Permanente de Justiça) possa estudar e emitir parecer prévio sobre os atos do corpo interno, visando orientar a Mesa, a Presidência ou mesmo outras Comissões no âmbito do Legislativo.

Uma vez que à Comissão Permanente de Justiça compete o controle preventivo da constitucionalidade e legalidade dos atos do Legislativo, dentre outras atribuições regimentais, verifica-se que a sua função principal é analisar a compatibilidade dos projetos e outras matérias⁸⁵ com o texto da Lei Fundamental, com as normas infraconstitucionais e regimentais, emitindo parecer contrário se for constatado antagonismo, ou parecer favorável em caso de compatibilidade da proposição ou ato com o ordenamento jurídico. Ora, se essa competência fosse deferida também para os atos do corpo interno, seria salutar em sede de controle preventivo, pois estaria alertando ou na melhor das hipóteses evitando, *ab initio*, a edição de atos viciados.

⁸² João Jampaulo Júnior, *O Processo Legislativo Municipal*, op. cit. p. 32.

⁸³ Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, p. 472.

⁸⁴ Órgãos técnicos e não políticos.

⁸⁵ Dentre as outras matérias que devem ser objeto de análise pela Comissão Permanente de Justiça, poderão ser incluídos os atos *interna corporis*.

O Regimento Interno do Senado Federal, na qualidade de *regulamento* que é (e não a lei da Casa conforme já dito), em sua Seção II, ao cuidar das atribuições específicas das comissões permanentes, nos parágrafos, incisos e itens do artigo 101, dispõe sobre a competência específica da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a ela atribuindo dentre outros temas:

“Inc. I - opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário” (destacamos)⁸⁶.

Merece destaque o fato de que nessa primeira atribuição de competência o “*codex interno*” permite à Comissão opinar sobre a natureza constitucional, jurídica e regimental em **qualquer das matérias que lhe forem submetidas** por deliberação do Plenário, **por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão**. Depreende-se que a análise da Comissão não está restrita somente aos atos normativos que compõem o processo legislativo, mas também a **qualquer matéria** após pedido dos interessados. Contudo, esta não é uma interpretação isolada, posto que no mesmo artigo ainda encontramos:

“Inc. V - opinar sobre assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente, de ofício, ou por deliberação do Plenário, ou por outra comissão” (destacamos).⁸⁷

O presente inciso reforça o anterior já transcrito, no sentido de deferir à dita Comissão Permanente os assuntos de natureza jurídica ou constitucional a ela

⁸⁶ “In” *Regimento Interno do Senado Federal*, Capítulo VI, Seção II, Art. 101, I.

⁸⁷ “In” *Regimento Interno do Senado Federal*, Capítulo VI, Seção II, art. 101, V.

submetidos, sem impor qualquer restrição a este ou aquele tema como v.g., projetos ou outras matérias.

O Regimento Interno do Senado, ao deixar essa possibilidade, permite submeter os *interna corporis* a um exame interno e preventivo de constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade. Tanto a assertiva é verdadeira que o item 8, do inciso II do art. 101 do mesmo *codex*, dispõe competir à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania emitir parecer quanto ao mérito sobre a “*perda de mandato de Senador*”, ato do corpo interno por excelência, conforme lição de Hely Lopes Meirelles já trazida a lume.⁸⁸

Noutro giro, o mesmo Regimento, ainda cuidando das atribuições específicas das Comissões Permanentes⁸⁹, e se reportando à Comissão Diretora, dispõe competir à mesma atos de indiscutível natureza *interna corporis*, tais como: “*I - exercer a administração interna do Senado nos termos das atribuições fixadas no Regulamento Administrativo do Senado; II - regulamentar a polícia interna; propor ao Senado projeto de resolução dispondo sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços e fixação da respectiva remuneração,...; IV - emitir, obrigatoriamente, parecer sobre as proposições que digam respeito ao serviço e ao pessoal da Secretaria do Senado e as que alterem este Regimento, ...*” (destacamos).

Para concluir este raciocínio e esta breve análise do Regimento Interno do Senado, seus atos e as competências das Comissões Permanentes, podemos afirmar que se à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete se pronunciar sobre matéria de Direito, inclusive por solicitação dos órgãos daquela Casa (Plenário, Presidência, Mesa ou Comissão), nenhum impedimento existiria no fato de se estender ao crivo desse órgão técnico por excelência a análise obrigatória dos atos administrativos atípicos praticados pelo Senado Federal, incluindo-se os *interna corporis*, para os fins do controle interno e preventivo.

Uma vez apresentado esse raciocínio, ainda que em tese, cumpre por fim enfrentar outro problema que merece uma análise mais acurada, ou seja, os limites de

⁸⁸ Vide neste Trabalho: Capítulo II - Os “*Interna Corporis*” - item 2.3 - Espécies - p. (...).

⁸⁹ “In” *Regimento Interno do Senado Federal*, Capítulo VI, Seção II, art. 98, incisos e parágrafo único.

competência da Comissão Permanente de Justiça. Assim, merece ser indagado se poderia ela, isolada e soberanamente, impedir a edição de ato viciado por inconstitucionalidade, ilegalidade ou ainda contrário às normas regimentais? Seria permitido à Comissão Permanente de Justiça obstar v.g., atos abusivos de uma Comissão Parlamentar de Inquérito que detém poderes de investigação?

O Regimento Interno do Senado dispõe competir à Comissão de Justiça opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade de qualquer matéria. O § 1º do art. 101 de mencionado regulamento preceitua que *“quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254”* (destacamos). Assim, ao menos em tese, a resposta seria afirmativa às indagações formuladas.

Contudo, entendemos que essa resposta ainda carece de uma reflexão maior. Nos Legislativos municipais onde não existem tantos membros a matéria pode ser tratada de maneira diversa. Em sede de processo legislativo já defendemos, em outra oportunidade, que dita Comissão não teria poderes terminativos quase que definitivos como no Senado. Tal seria admitir uma espécie de procedimento sumaríssimo, que suprimiria do plenário o seu poder maior que é o de deliberar sobre projetos de sua competência, excetuando-se aqueles que na forma regimental dispensar a competência do colegiado (art. 58, § 2º, I, CF). Para nós, o que pode ser admitido no procedimento legislativo (notadamente em sede municipal) é a Comissão de Justiça, conjuntamente com o Plenário, exercer um controle pleno da constitucionalidade e legalidade, como por exemplo: exarando aludida Comissão um parecer apontando vício jurídico, este deverá ser apreciado pelo colegiado maior. Se o parecer for aprovado pelo Plenário, a propositura será arquivada; se rejeitado, o projeto retomará o seu trâmite normal.

Por outro lado, com relação ao controle dos atos administrativos atípicos praticados e dos *interna corporis*, entendemos que a Comissão, havendo previsão regimental sujeitando esses atos ao exame prévio da constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade, poderia dispor de uma competência terminativa uma vez que atos administrativos não se inserem nas matérias de competência do Plenário.

Para finalizar, e tornar esse sonho realidade, o Legislativo deveria assumir o seu papel enquanto *poder que é*, deixando de lado a inércia que o envolve. Segundo a maioria dos autores, o controle da constitucionalidade preventiva, em sede legislativa, não apresenta resultado eficaz no sentido de impedir que uma norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico.

Lamentavelmente, em vista das constantes omissões das Casas Legislativas, também com relação aos *interna corporis* interesses outros que não a legalidade poderão falar mais alto. A assertiva é verdadeira, pois o que se tem presenciado nas atuações dos órgãos destinados a esse fim é um total desvirtuamento de suas funções, como por exemplo decisões fundadas em cunho político e não em fundamentos técnico-jurídicos, dever precípuo e fundamental de uma Comissão Permanente que analisa matéria de Direito. Para piorar ainda mais a situação, e sob a alegação da conveniência e oportunidade, ou invocando a proteção da economia interna, esses órgãos justificam que determinados atos podem ser ilegais, porém justos. Contudo, dito argumento não merece prosperar, pois não parece nada razoável algo ilegal e justo ao mesmo tempo, notadamente em sede de *interna corporis*, o que motiva ainda mais a necessidade de uma delimitação dos mesmos e um controle jurisdicional mais rígido e amplo.

3.4 Controle jurisdicional dos *interna corporis*

Ao tratarmos do ato administrativo apontamos que a sua essência reside no Estado de Direito, notadamente quando este estiver diretamente subordinado à lei e submisso à jurisdição, consoante ensinamentos do saudoso Mestre Geraldo Ataliba invocando Giorgio Balladore Pallieri. Ao conceituar os *interna corporis*, acentuamos que estes seriam os *atos praticados no âmbito de um órgão de pessoa jurídica de direito público, no exercício de uma competência exclusiva prevista constitucionalmente, voltados para a economia interna da corporação, aos seus privilégios e suas deliberações, outorgando direitos àqueles sob sua égide e suscetíveis de revisão jurisdicional*. A possibilidade de contrastamento jurisdicional se apresenta como condição necessária, pois os atos do corpo interno possuem limites. Assim, a

extrapolação dessas fronteiras é suscetível de controle pelo judiciário por força de mandamento constitucional.⁹⁰

A afirmação feita toma como ponto de partida texto de Hely Lopes Meirelles que, ao cuidar do controle jurisdicional dos *interna corporis*, advoga a existência de uma zona de imunidade total, dizendo que o Judiciário não pode substituir uma deliberação legislativa por um pronunciamento judicial “*sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência*” (destacamos).⁹¹ A última afirmação do saudoso mestre, grafada em itálico, nos leva a meditar: Ora, se há uma competência discricionária dos órgãos do Legislativo, não estaria ela igualmente sujeita aos limites e, por consequência, ser contrastada pelo Judiciário?

Entendemos que sim. Celso Antônio Bandeira de Mello destaca, da obra de Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho, “a oportuna e certa observação de que se a discricionariedade é uma apreciação livre *dentro nos limites legais e se há limites legais, há vinculação no que concerne a tais extremos, verificando-se exame de legitimidade*” (destaque do autor).⁹² Ora, seguindo essa linha de raciocínio onde se admite o controle jurisdicional da discricionariedade pela existência de limites legais, por consequência, os *internos corpos*, enquanto *competência discricionária* do Plenário, da Mesa ou da Presidência, igualmente estarão sujeitos aos limites impostos pela Constituição, pela lei e pelos regimentos, uma vez que “*a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”.⁹³ Em vista dos ensinamentos trazidos, assim como os atos administrativos em geral, os *interna corporis* também comportam revisão judicial.

3.4.1. Atos sujeitos a controle especial

Alguns estudiosos reconhecem que determinados atos oriundos do Poder Público estão sujeitos a controle especial. Dentre esses Hely Lopes Meirelles dispõe que

⁹⁰ Art. 5º, inc. XXXV, Constituição Federal.

⁹¹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit. p. 610.

⁹² Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho, *O desvio de Poder no Ato Administrativo*, Ed. Rev. dos Trib., 1979, p. 50, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, op. cit. p. 44, nota de rodapé.

⁹³ Art. 5º, inciso XXXV, Constituição Federal.

enquanto “os atos administrativos em geral expõem-se à revisão comum da Justiça, outros existem que, por sua origem, fundamento, natureza ou objeto, ficam sujeitos a um *controle especial* do Poder Judiciário, e tais são os chamados *atos políticos*, os *atos legislativos* e os *interna corporis*” (itálicos do autor). Porém, em seguida, revendo sua posição, o administrativista admite um controle desses atos pelo Judiciário, só que de maneira mais restrita em vista de seus motivos ou da via processual eleita.⁹⁴ No mesmo sentido é o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho ao afirmar que “*controle especial não é o mesmo que ausência de controle. (...) A questão é apenas a da especificidade do controle*” (destacamos).⁹⁵

Os autores, partindo dessa premissa, justificam um controle especial pelo fato de que o Judiciário não pode invadir a esfera de competência interna e exclusiva do Legislativo, por não dispor de poder para substituir os critérios internos e privativos outorgados pela Constituição.⁹⁶ Na mesma toada, Hely Lopes Meirelles adverte que os “*interna corporis das Câmaras também são vedados à revisão judicial comum, mas é preciso que se entenda em seu exato conceito, e nos seus justos limites, o significado de seus atos*” (destacamos).⁹⁷

Concluem os defensores dessa tese que o controle especial deve ficar limitado ao exame do ato praticado com os mandamentos contidos na Constituição, na lei ou nos regimentos que estabelecem condições, forma ou ritos para sua edição, ou ainda para o caso de ofensa a direitos individuais.

3.4.2. Restrição a legalidade e forma

Diante de todo o exposto e da tese que advoga a necessidade de um controle jurisdicional especial para os *interna corporis*, estaria o Poder Judiciário, quando chamado a apreciar esses atos, restrito a sua legalidade e forma?

Entendemos que essa colocação é por demais limitativa. Ocorre, todavia, que este não é o pensamento majoritário. Com efeito, ao cuidar dos *atos discricionários* a

⁹⁴ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit. pp. 606/607.

⁹⁵ José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, op. cit. p. 577.

⁹⁶ José dos Santos Carvalho Filho. op. cit. p. 579.

⁹⁷ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit. p. 610.

jurisprudência pátria e a doutrina tradicional não admitiam ao controle jurisdicional um exame quanto ao *mérito*, por entender que este tinha como conteúdo as razões de conveniência e oportunidade fundamentadoras da decisão administrativa. A mesma negativa se aplicava com relação a necessidade de motivação dos atos administrativos. Como se não bastasse, em sede de atos políticos ou de governo, a liberdade administrativa seria ainda mais generosa e alargada.⁹⁸

O Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, trazido a lume por Lucia Valle Figueiredo, ainda sob a égide da Constituição anterior, sentenciava que essa largueza e generosidade deferidas aos atos de governo não os deixavam imunes ao controle jurisdicional, ressaltando ainda que para alguns atos editados sob a égide da competência discricionária a motivação era inevitável. A autora, invocando igualmente Seabra Fagundes, lembra que o saudoso professor já ministrava magistério no sentido de que, excetuando-se o mérito, os atos administrativos se sujeitavam ao controle jurisdicional.⁹⁹

Agustín Gordillo, ao cuidar do controle jurisdicional dos atos discricionários, afirma que a irrevisibilidade total das atividades administrativas não pode ser admitida, em vista da existência de limites jurídicos para as faculdades discricionárias da administração, “*y el juez, para determinar si esos limites han sido violados o no, debe necesariamente revisar también la parte discrecional del acto*” (destacamos). O mestre argentino, em sua linha de raciocínio, apresenta como principais limites da discricionariedade “*la razonabilidad (és decir, la prohibición de actuar arbitraria o irrazonablemente; en otra formulación, la justicia), la desviación de poder (prohibición de actuar con una finalidad impropia), y la buena fé*” (destacamos).¹⁰⁰

Na mesma esteira de Gordillo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro dispõe que os atos discricionários poderão ser contrastados judicialmente desde que se respeite a discricionariedade em seus limites legais.¹⁰¹

⁹⁸ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 178.

⁹⁹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, V. I, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 417, e Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos*, 6ª ed., 1984, pp. 79/144, *apud* Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 179.

¹⁰⁰ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit. p. X-29.

¹⁰¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, op. cit. p. 180/181: “Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública,

A autora ainda acena para algumas teorias que buscam fixar limites “*ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário*” (destacamos), realçando para tanto a teoria do desvio de poder, a teoria dos motivos determinantes, e por fim, quando da ocorrência de noções imprecisas (conceitos indeterminados) onde não se confunde discricionariedade com interpretação.¹⁰²

Para advogar a sindicabilidade do mérito do ato discricionário, Lucia Valle Figueiredo desenvolve raciocínio lógico através da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29.6.65) e afirma que essas restrições a um controle jurisdicional representavam mais um “*arraigado preconceito do que em decorrência de qualquer imposição normativa*” (destacamos). Continua a mestra em sua análise, destacando do corpo da lei os *atos lesivos*, os *elementos* dos atos administrativos e a aplicabilidade desses conceitos dentro da norma.¹⁰³

Merece especial atenção, além da lesividade, as violações aos elementos do ato administrativo passíveis de nulidade, como o vício de competência, de forma, ilegalidade do objeto, a falta de motivação e o desvio de finalidade.

Ora, se é possível entender os *interna corporis* como atos administrativos atípicos sujeitos ao mesmo regime jurídico dos demais atos; e se esses atos atípicos representam *competência discricionária* dos órgãos legislativos, temos para nós que os mesmos elementos contidos nos atos discricionários deverão estar presentes nos atos do corpo interno, tais como: as prescrições constitucionais, legais e regimentais, a competência do órgão emissor, os aspectos formais, a legalidade do objeto, a motivação e a finalidade almejada, além da razoabilidade e da boa-fé, e a não ocorrência de lesividade, que enseja a análise do mérito.¹⁰⁴

legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha a **opção legítima** feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto” (negrito da autora).

¹⁰² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit. p. 181.

¹⁰³ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p.179.

¹⁰⁴ Lucia Valle Figueiredo, op. cit. p. 180: “... o conceito de *lesividade*, conceito pragmático ou indeterminado, só poderá ser aferível, no caso concreto, mediante exame amplo do ato emanado, envolvendo também o comumente denominado de *mérito*” (itálicos da autora).

Assim, já podemos dizer que dentre os atos *interna corporis* não suscetíveis de contrastação jurisdicional ampla, ou, melhor dizendo, onde apenas se admite um *controle especial*, encontramos somente as deliberações plenárias com relação a formação ideológica da lei, escolha da Mesa, atos de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros, exercício das prerrogativas institucionais do órgão, constituição das comissões, organização de seus serviços auxiliares e valoração das votações, onde apenas serão objeto de controle as questões pertinentes a constitucionalidade, legalidade, obediência regimental e forma.¹⁰⁵

Por outro lado, se algum desses atos, invocando a proteção interna, forem praticados pela Presidência, Mesa, Plenário ou Comissões, violando direitos e causando lesões, ou ainda obrando com desvio de finalidade, e neles não forem encontrados os elementos essenciais a todos os atos administrativos (prescrições constitucionais, legais e regimentais, competência do órgão emanador, aspectos formais, legalidade do objeto, motivação, a finalidade almejada, além da razoabilidade e da boa-fé), temos que o Poder Judiciário, se provocado, poderá submetê-los ao respectivo controle. E mais. Em caso de lesividade e invasão de direitos o controle judicial poderá adentrar inclusive no mérito, pois, conforme já dito, a Constituição assegura que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”.¹⁰⁶

Para concluir o presente capítulo, não poderíamos nos furtar a uma análise ainda que sucinta da jurisprudência pátria, que cuida de maneira tímida e benevolente os *interna corporis*, como v.g. “in” Mandado de Segurança nº 22.183 - Supremo Tribunal Federal, que sentencia no sentido de que “*o fundamento regimental, por ser matéria interna corporis, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário*” (destacamos e negritamos).¹⁰⁷

Em nosso ponto de vista, essa posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal deve ser vista com reservas. Com efeito, conforme já assinalamos em matéria constitucional no que tange ao controle da constitucionalidade das leis, a doutrina é pacífica no sentido de que uma contrastação dos atos normativos por um órgão de natureza política não irá atingir os resultados necessários, posto que a decisão, e aqui

¹⁰⁵ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit. p. 610.

¹⁰⁶ Art. 5º, inciso XXXV, Constituição Federal.

¹⁰⁷ “In” JUIS, *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, publicado em 12.12.97.

não cabe adentrarmos nos motivos, quase sempre será influenciada pelo cunho político e não jurídico. Ora, o que dizer então em sede dos *interna corporis*, onde a apatia legislativa ou interesses outros quase sempre constituem-se no fato gerador de abusos? Não vemos como o Legislativo poderá controlar esses atos. Fosse outra a consciência parlamentar, poderíamos até sonhar com um sistema de controle interno e preventivo, realizado pela Comissão Permanente de Justiça, conforme já analisado.

Com relação ao mérito, o Judiciário também tem sido por demais brando. Veja-se “in” Apelação Civil nº 7.309-5 - Pedreira - 8ª Câmara de Direito Público - Relator Toledo Silva, 18.03.98 - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa dispõe: “MANDADO DE SEGURANÇA - Vereador - Cassação de mandato - Alegação de nulidade da sentença e do processo cassatório - Inexistência - *Pretendida discussão pelo Judiciário da prova e dos fundamentos da cassação - Impossibilidade - Diante da autonomia que deve ter o Legislativo Municipal em suas decisões políticas, o Judiciário somente se limitará ao exame formal do processo legal, sendo vedado o exame do mérito das razões da Câmara, que delibera interna corporis - Recurso não provido*” (destacamos. Negritos do original).¹⁰⁸

Pois bem. Postas as coisas dessa maneira, até podemos entender que a ocorrência julgada, por se tratar de deliberação interna sobre a cassação de Vereador, não pode ser contrastada jurisdicionalmente. Mas fica a pergunta: e se quando da análise do mérito fosse constatada inidoneidade da prova produzida em sede interna, não estaria a decisão do parlamento, através da Comissão processante, invadindo esfera de direito e desrespeitando o devido processo legal?

Às últimas ocorrências com as CPIs em nível Federal vêm demonstrando a necessidade de se restringir determinados atos, praticados sob o manto do corpo interno.

A necessidade de uma delimitação e uma maior severidade no controle dos atos do corpo interno é providência que não se pode esperar mais. “*Se o Judiciário deve conhecer qualquer lesão a direito, ipso facto, é o Judiciário titulado a dizer quando a conduta administrativa quedou-se dentro da moldura legal, não a desbordando (...)* De

¹⁰⁸ “In” JUIS, *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, publicado em 16.10.95.

consequente, o controle jurisdicional deve ir até o ponto em que remanesce dúvida ineliminável” (destacamos).¹⁰⁹

Chamado a se pronunciar sobre os *interna corporis*, além da legalidade e forma, deverá o Judiciário, em caso de lesão ou invasão de direito, adentrar inclusive no mérito, a fim de restabelecer a ordem jurídica.

Assim, por pertinente, cabe aqui a transcrição de trecho de Eduardo García de Enterría, que deixa como mensagem as palavras de Alexis de Tocqueville:

“És de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; és también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder a ella. Tal poder és por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarán siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan” (destacamos).¹¹⁰

CAPÍTULO IV

4. AS COMISSÕES LEGISLATIVAS E OS “*INTERNA CORPORIS*”

4.1. *Preâmbulo*

As Comissões legislativas ou parlamentares encontram sua fundamentação no artigo 58, seus parágrafos e incisos da Constituição da República, que assim dispõe no

¹⁰⁹ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. pp. 180/181.

¹¹⁰ Tocqueville. *De la démocratie en Amérique*, en la edición de Gallimard. París, 1951, II, pág. 331, *apud* Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983, pp. 98/99.

caput: “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação” (destacamos). Conforme já dissemos em outra oportunidade, podemos conceituar as comissões legislativas como “pequenos colegiados, cuja atribuição é estudar, investigar determinado assunto. As comissões poderão ter, conforme já dito, o caráter permanente e o caráter especial (transitório), cujos trabalhos deverão estar encerrados até o término da legislatura” (destacamos).¹¹¹

No magistério de José Afonso da Silva, são “organismos constituídos em cada Câmara, compostos de número geralmente restrito de membros, encarregados de estudar e examinar as proposições legislativas e apresentar pareceres” (destacamos).¹¹²

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles, ao cuidar das comissões legislativas, dispõe que as mesmas “são um prolongamento da própria Câmara, que as erige em órgãos técnicos, com a missão precípua de realizar estudos ou investigações e emitir pareceres especializados sobre as proposições que irão ser discutidas e votadas pelo plenário. ... são órgãos internos da Câmara, instituídos em razão do poder político da corporação legislativa, mas destinados a praticar atos simplesmente administrativos” (destacamos).¹¹³

Por fim, pelo critério da simetria, o parlamento, assim como delega função sua para comissão quer permanente, quer *ad hoc*, para a elaboração de determinadas leis (art. 58, § 2º, I, CF), igualmente delega poderes para as demais atividades previstas nos regimentos internos, ou no ato que gerar a sua criação. Temos assim o que a doutrina italiana denomina “delegação interna corporis, pois o poder de legislar pertencente à câmara passa a uma de suas frações” (destacamos).¹¹⁴ Todavia, José Afonso da Silva entende que essa delegação interna mais se assemelha a uma “função própria de substituição do que uma função delegada” (destacamos).¹¹⁵

De todo o exposto, seja através de função delegada, seja função própria de substituição, não se pode olvidar que as Comissões são verdadeiras extensões do Parlamento e suas atuações constituem expressão de vontade do Poder Legislativo.

¹¹¹ João Jampaulo Júnior, *O Processo Legislativo Municipal*, op. cit. p. 32.

¹¹² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 449.

¹¹³ Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, op. cit. p. 472.

¹¹⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do Processo Legislativo*, p. 135.

¹¹⁵ José Afonso da Silva, *Direito Constitucional Positivo*, op. cit. p. 450.

Tanto a assertiva é verdadeira que Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citando uma decisão denominada como histórica por Barile, aponta que a Corte Constitucional italiana “*se deu por competente para apreciar os atos praticados no seio das câmaras, os interna corporis, para verificar se as normas constitucionais foram observadas*” (destacamos).¹¹⁶

Uma vez que as comissões legislativas são consideradas extensões do Parlamento, as suas atividades, embora realizadas na intimidade das Casas Legislativas, ou seja, *interna corporis*, estão igualmente sujeitas ao controle jurisdicional nos mesmos termos dos demais atos do corpo interno, inclusive as deliberações das Comissões, tomadas na forma regimental. Para comprovar a assertiva, merece destaque elucidativo trecho contido no HC 71.039/RJ, Relator o Sr. Min. Paulo Brossard, onde o Supremo Tribunal Federal, em 07.04.1994, decidiu:

“Ementa: Ao Supremo Tribunal Federal compete exercer, originariamente, o controle jurisdicional sobre atos de Comissão Parlamentar de Inquérito que envolvam ilegalidade ou ofensa a direito individual, dado que a ele compete processar e julgar *habeas corpus* e mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, art. 102, I, i, da Constituição, e a Comissão Parlamentar de Inquérito procede como se fora a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal ou o Congresso Nacional. Construção constitucional consagrada, MS 1.959, de 1953 e HC 92.678, de 1953.

Às Câmaras Legislativas pertencem poderes investigatórios, bem como os meios instrumentais destinados a torná-los efetivos. Por uma questão de funcionalidade elas os exercem por intermédio de Comissões Parlamentares de Inquérito, que fazem as suas vezes.

(...)

O poder investigatório é auxiliar necessário do poder de legislar; *conditio sine qua non* de seu exercício regular.

Podem ser objeto da investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso.

¹¹⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit. p. 137.

Se os poderes da Comissão Parlamentar de Inquérito são dimensionados pelos poderes da entidade matriz, os poderes desta delimitam a competência da Comissão. Ela não terá poderes maiores do que os de sua matriz. De outro lado, poder da Comissão Parlamentar de Inquérito é coextensivo ao da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional.

São amplos os poderes da Comissão Parlamentar de Inquérito, pois são necessários e úteis para o cabal desempenho de suas atribuições. Contudo, não são ilimitados. Toda autoridade, seja ela qual for, está sujeita à Constituição. O Poder Legislativo também e com ele as suas comissões. A Comissão Parlamentar de Inquérito encontra na jurisdição constitucional do Congresso seus limites” (destacamos).¹¹⁷

4.2. As Comissões Parlamentares de Inquérito

As origens das Comissões Parlamentares de Inquérito, conforme já é sabido, surgiram na Inglaterra, no século XVI. Contudo, essas Comissões investigantes somente incorporaram o nosso ordenamento jurídico através da Constituição Federal de 1934. Por amor a brevidade, merece destaque o fato de que sob a égide da Carta da República de 1946 foi sancionada a Lei Federal nº 1.579, de 18 de março de 1952, que tratou de maneira específica as CPIs. O diploma federal foi totalmente recepcionado pelas Constituições de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969. Já com relação à atual Constituição, promulgada em 1988, a mesma lei foi quase totalmente recepcionada, conforme se verá *oportuno tempore*.

A evolução das Comissões Parlamentares de Inquérito, notadamente entre nós, poderia ser o tema de uma monografia específica, posto que essas Comissões, com *status* constitucional¹¹⁸, representam importante instrumento no sistema de controle da Administração Pública, ou, como definido no sábio magistério de Lucia Valle Figueiredo, é “sobretudo nas *Comissões Parlamentares de Inquérito* que se vai

¹¹⁷ STF. Trecho do HC 71.039/RJ, extraído do artigo de autoria de Carlos Mário da Silva Veloso, *As Comissões Parlamentares de Inquérito e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*, Revista dos Tribunais, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, IBDC, Ano 7, nº 26, Janeiro/Março, 1999, p. 48.

¹¹⁸ Art. 58, § 3º, Constituição Federal.

demonstrar toda a força controladora do Parlamento” (itálico da autora).¹¹⁹ Todavia, o que se pretende demonstrar é a existência ou não de limites aos poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito e a possibilidade de controle jurisdicional dos mesmos, em vista de abusos praticados sob a proteção dos *interna corporis*, insuscetíveis para alguns, de contrastação pelo Poder Judiciário.

Conforme já anotado, a Constituição confere à CPI “*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas*” (destacamos).¹²⁰ Com relação aos poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito, convém ressaltar que a Carta Federal atribui às CPIs vários poderes, contudo, não defere a elas o poder de julgar. Com efeito, “*a Comissão Parlamentar de Inquérito não tem poder jurisdicional. Não Julga. Não aplica a lei ao caso concreto. No entanto, a regra jurídica constitucional lhe deu poderes próprios e semelhantes aos atribuídos às autoridades judiciais*” (destacamos).¹²¹ Em vista do comando constitucional, a Comissão Parlamentar de Inquérito pode praticar uma gama de atos de natureza investigatória, sem contudo exercer função de julgamento. Suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.¹²²

Ocorre, todavia, que as CPIs, para atingir os seus fins, conforme a Constituição, carecem de mecanismos que possibilitem o desenrolar de seus trabalhos. No HC nº 71.039/RJ, oriundo do Supremo Tribunal Federal, já trazido à colação, encontramos esclarecedora passagem sobre a necessidade de poderes para que essas Comissões possam realizar a sua função institucional:

“O poder de investigar não é um fim em si mesmo, mas um poder instrumental ou ancilar relacionado com as atribuições do Poder Legislativo.

¹¹⁹ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 54.

¹²⁰ Art. 58, § 3º, Constituição Federal.

¹²¹ J. Cretella Jr., *Comentários à Constituição de 1988*, Vol. V, pp. 2700/2701: “Assim, pode a Comissão Parlamentar de Inquérito, no exercício de suas funções, determinar o comparecimento de testemunhas, tomar-lhes depoimentos, promover diligências, requisitar documentos, certidões, pedir informações a qualquer repartição pública, ou órgão federal, estadual, municipal, distrital ou territorial, expedir notificações. Enfim, como diz a Constituição, a Comissão Parlamentar de Inquérito terá poderes de investigação tão grandes quanto os poderes das autoridades judiciais, **exceto o de julgar**” (destacamos).

¹²² Art. 58, § 3º, “*in fine*”, Constituição Federal.

Quem quer o fim dá os meios. A Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar fatos relacionados com as atribuições congressuais tem poderes imanescentes ao natural exercício de suas atribuições, como de colher depoimentos, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, notificando-as a comparecer perante ela e a depor; a este poder corresponde o dever de, comparecendo a pessoa perante a Comissão, prestar-lhe depoimento, não podendo calar a verdade. Comete crime a testemunha que o fizer. A Constituição, art. 58, § 3º, a Lei 1.579, art. 4º, e a jurisprudência são nesse sentido.

(...)

Ao poder de investigar corresponde, necessariamente, a posse dos meios coercitivos adequados para o bom desempenho de suas finalidades; eles são diretos, até onde se revelam eficazes, e indiretos, quando falharem aqueles, caso em que se servirá da colaboração do aparelho judiciário.

Os poderes congressuais, de legislar e fiscalizar, hão de estar investidos dos meios apropriados e eficazes ao seu normal desempenho.

O poder de fiscalizar, expresso no inc. X do art. 49 da Constituição, não pode ficar condicionado a arrimo que lhe venha a dar outro Poder, ainda que, em certas circunstâncias, ele possa vir a ser necessário” (destacamos).¹²³

O Poder Legislativo, para cumprir suas finalidades, e dentre elas, especialmente, o poder de fiscalização e controle, necessita de instrumentais que lhe possibilitem o acesso à informação. Tanto a afirmativa é verdadeira que a Constituição lhe defere o poder investigatório. “Atenta à circunstância de que o poder de investigar é um dos corolários inarredáveis à manutenção e execução das demais atribuições do Poder Legislativo, a Constituição da República, em seu art. 58, § 3º, materializa o *congressional power of investigation*, entre outras formas, por meio da instituição das comissões parlamentares de inquérito, munindo-lhes de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos em suas normas regimentais próprias” (itálico original).¹²⁴

¹²³ Carlos Mário da Silva Veloso, *As Comissões Parlamentares de Inquérito e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*, op. cit. pp. 48/49.

¹²⁴ João Carlos Mayer Soares, *O poder de investigação do Legislativo: finalidades e limites*, “in” *Cartilha Jurídica*, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Dezembro de 1996, pp. 3/4.

Merece destaque o fato de que ao atribuir às CPIs poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos regimentalmente, a elas igualmente se aplicam os termos da Lei Federal nº 1.579/52. Em vista do comando constitucional conjugado com as demais normas (Lei Federal e Regimento Interno), estaria a Magna Carta deferindo poderes ilimitados para essas Comissões? Entendemos que não. Contudo, a questão carece de uma reflexão mais apurada.

O texto da Lei Maior defere às Comissões Parlamentares de Inquérito poderes para investigar fato determinado e por prazo certo. De se notar que, além da norma constitucional e das disposições contidas nos respectivos Regimentos, as CPIs deverão pautar os seus trabalhos também sob a égide da Lei Federal nº 1.579, de 18/03/1952, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, naquilo que foi recepcionado pela Constituição.

Assim, para que se possa entender a real extensão dos poderes de investigação das CPIs, é mister uma análise, ainda que a vôo de pássaro, sobre o texto da Lei Federal nº 1.579, de 18/03/1952. Pode-se dizer que o texto constitucional recepcionou quase que totalmente a Lei Federal mencionada. Ocorre, todavia, que o parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 1.579/52 dispõe o seguinte: *“Em caso de não comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que resida ou se encontre, na forma do artigo 218 do Código de Processo Penal”* (destacamos). Ora, se as CPIs possuem, por força de mandamento constitucional, *poderes de investigação próprio das autoridades judiciais*, quer nos parecer que aludido dispositivo se tornou dispensável, uma vez que a Comissão poderá, por si, determinar a condução coercitiva da testemunha. Isto posto, se nos afigura que apenas a previsão contida no parágrafo único do art. 3º da Lei Federal nº 1.579/52 não foi recepcionado pela Lei Fundamental, aproveitando-se assim todo o restante do texto normativo.

Partindo dessa premissa, e nos termos do texto constitucional, pode-se afirmar que a norma federal deve reger as atuações das CPIs, em conjunto com as respectivas atribuições regimentais, naquilo que o Regimento não conflitar com a Lei Federal, até pelo princípio da hierarquia das normas, posto que Regimento Interno é editado através de Resolução, e Resolução não possui o condão de revogar Lei.

Por fim, não se pode olvidar o disposto no artigo 6º da Lei nº 1.579/52, que preceitua que “*o processo e a instrução dos inquéritos obedecerão ao que prescreve esta Lei, no que lhes for aplicável, às normas do processo penal*” (destacamos). Essa previsão feita de maneira expressa, determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, ou seja, aquilo que não encontrar previsão com *status* de norma processual na lei federal deverá ser buscado no estatuto processual penal.

Temos assim que a Lei Federal nº 1.579, de 18/03/1952, dispõe em seu artigo 2º, ao cuidar das atribuições das CPIs, que elas, no exercício de suas atribuições, poderão “*determinar as diligências que reputarem necessárias e requerer a convocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autarquias informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença*” (destacamos). Portanto, no âmbito de sua competência são encontrados poderes de autoridade policial e judicial, que possibilitarão aos membros dessas Comissões chegar bem próximo da verdade real.

Conforme se constata do julgado do S.T.F., o Judiciário entende que as CPIs, no exercício de suas funções institucionais, possuem poderes amplos para as investigações, e só deverão utilizar o concurso do Judiciário quando esses poderes não produzirem os respectivos efeitos. Contudo, na Cartilha Jurídica do Tribunal Regional Federal, já citada, encontramos que “**o poder de investigar, portanto, por mais abrangente que seja, haja vista a gama de atribuições do Parlamento, tem seus limites**”(destaque original).¹²⁵ E quais seriam esses limites?

O primeiro decorre do texto da própria Constituição, quando esta se refere à *apuração de fato determinado*, o que quer dizer fato individualizado, identificado, caracterizando limite de natureza formal. O segundo limite, também de natureza formal, se traduz na *exigência de prazo certo*, conforme imposição constitucional, vedando dessa maneira o prazo indeterminado que possibilitará a exposição de determinados cidadãos em situação de suspeição por tempo indefinido. O terceiro limite, de natureza

¹²⁵ João Carlos Mayer Soares, *Cartilha Jurídica*, op. cit. p. 5.

material, empresta especial relevância ao assunto, posto que *obriga a observância e respeito aos direitos e garantias fundamentais*.¹²⁶

Merece destaque a seguinte indagação: Será que esses três limites estabelecidos - *fato certo, prazo determinado e observância dos direitos e garantias fundamentais* - de per si, seriam suficientes para se estabelecer o raio de atuação das CPIs?

Entendemos que não. Além desses limites deverá existir a garantia fundamental da observância do devido processo legal. E mais. Entendemos que as Comissões Parlamentares de Inquérito nunca poderão transpor os limites da reserva jurisdicional constitucional, ou seja: “(a) ... a CPI pode muita coisa, menos determinar o que a Constituição Federal reservou com exclusividade aos juízes. Incluem-se nessa importante restrição: a prisão, salvo flagrante (CF, art. 5º, inc. LXI); a busca domiciliar (CF, art. 5º, inc. X) e a interceptação ou escuta telefônica (art. 5º, inc. XII); (b) impedir, em nome da tutela da privacidade constitucional (art. 5º, inc. X), a publicidade do que é sigiloso, mesmo porque quem quebra esse sigilo passa a ser dele detentor; (c) não confundir “poderes de investigação do juiz” (CF, art. 58, § 3º) com o poder geral de cautela judicial: isso significa que a CPI não pode adotar nenhuma medida assecuratória real ou restritiva do “ius libertatis”, incluindo-se a apreensão, seqüestro ou indisponibilidade de bens ou mesmo a proibição de se afastar do país” (destacamos). É por esses motivos que os atos das CPIs sempre estarão sujeitos à contrastação jurisdicional, ou, segundo a lição de Montesquieu, é necessário que o poder freie o poder.¹²⁷

Isto posto, poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito realizar uma gama de atos investigatórios já trazidos a lume, mas esses poderes de investigação encontrarão os seus limites nas lições que agora se trouxe à colação. Contudo, para concluir, entendemos que as ações das CPIs, no exercício do poder investigatório, deverão agir conforme a lei.

Em recente decisão o Ministro do Supremo Tribunal Federal concedeu liminar estabelecendo limites à atuação das CPIs, onde um dos investigados na Comissão dos

¹²⁶ João Carlos Mayer Soares, *Cartilha Jurídica*, op. cit. pp. 5/6

¹²⁷ Cássio Juvenal Faria e Luiz Flávio Gomes, *Poderes e Limites das CPIs*, “In” *Artigo dos Professores*, Curso do Professor Damásio, Maio/99, Internet.

Bancos, através de seu advogado, solicitou e obteve decisão contrária à ordem de busca e apreensão e de quebra de sigilos. A liminar diz que CPIs não podem quebrar sigilos sem fundamentação ou ordenar medidas como bloqueio de bens e busca e apreensão, atividade estas exclusivas dos juízes. Nos dizeres do Ministro Celso de Mello, “*as CPIs não podem quebrar sigilo sem fundamentação ou adotar medidas que, constitucionalmente, são exclusivas de juízes, como busca domiciliar, indisponibilidade de bens ou escuta telefônica*” (destacamos).¹²⁸

Veja-se que esta não é a primeira decisão contra a CPI. O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, já havia concedido liminar para impedir a comissão de fazer busca e apreensão contra controladores do banco Marka. Por outro lado, o Ministro Octavio Gallotti, em decisão anterior, suspendeu, via concessão de liminar, o bloqueio dos bens de acionista da empresa Pedra Campo Participações. O Ministro Gallotti entendeu que a CPI estaria cometendo excessos.¹²⁹

Depreende-se de todo o exposto que as Comissões Parlamentares de Inquérito somente podem exercer as atribuições investigatórias atribuídas pela Constituição, pela lei e pelo respectivo Regimento desde que o façam nos mesmos termos e obedecendo as mesmas exigências que o ordenamento jurídico pátrio impõem aos juízes. E mais: as CPIs jamais poderão ultrapassar o limite de reserva jurisdicional constitucional, o que inclui restrição a prisão, salvo flagrante delito, busca domiciliar e interceptação telefônica. Finalizando, as CPIs, para a realização desses atos, só poderão fazê-los através de regular autorização judicial. Talvez, somente para argumentar, possa se admitir a quebra de sigilos, se devidamente fundamentada e nos termos da lei. A lei é o limite. A CPI possui poderes de investigação próprios de um juiz, mas até o magistrado encontra limites na lei.¹³⁰

4.3. Os abusos dos atos do corpo interno e o desvio de poder

Não obstante termos acabado de demonstrar os limites das Comissões Parlamentares de Inquérito, sob o manto dos *interna corporis* e o entendimento de sua

¹²⁸ “In” Folha do Estado de São Paulo de 04/06/1999, Internet.

¹²⁹ Ibidem, Internet.

¹³⁰ “In” Folha do Estado de São Paulo de 04/06/1999. Palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso Mello, a respeito de *concessão de liminar sobre quebra de sigilos*, Internet.

não sujeição ao controle jurisdicional com relação às deliberações, excetuando-se legalidade e forma que já demonstramos se tratar de raciocínio equivocado, essas Comissões, conforme os últimos noticiários, v.g., as CPIs dos Bancos e do Judiciário, abusaram de suas prerrogativas institucionais.

Em vista da análise realizada no curso deste trabalho, os *interna corporis* não possuem a largueza e a generosidade que se lhes pretende dar na interpretação de seu campo de atuação. Igualmente demonstrado ficou que esses atos não são ilimitados, mas limitados a umas poucas ações no âmbito da economia interna do poder, na formação da lei, e nas prerrogativas da instituição. Assim, não podem eles ser editados em afronta ao princípio da legalidade, e suas deliberações não podem atingir direitos individuais garantidos constitucionalmente, notadamente por força de ações políticas arbitrárias, caracterizadoras, ao menos em tese, de desvio de poder.

Segundo o douto magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, “*entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição*” (itálico do autor).¹³¹

Assim, de se concluir que as CPIs dos Bancos e do Judiciário obraram em desacordo com a Constituição, a lei e o próprio Regimento Interno do Senado, extrapolando a competência ali contida. A assertiva é verdadeira: a Comissão Parlamentar de Inquérito do Judiciário não identificou fato certo (se bem que é possível investigar fatos novos decorrentes do principal e surgidos no curso dos trabalhos - STF); instituiu verdadeira devassa indicando várias e supostas infrações, desde atos de natureza administrativa¹³² até questionamentos sobre as decisões judiciais propriamente ditas, afrontando normas constitucionais e o próprio Regimento Interno do Senado que proíbe comissões dessa natureza, sobre matérias pertinentes às atribuições do Poder Judiciário.¹³³

Por sua vez, a CPI dos Bancos, através de deliberações de medidas motivadas muito mais pelo cunho político que jurídico (investigação), atuou, ao menos em tese, com desvio de finalidade ao exorbitar o seu âmbito de competência, afrontando o

¹³¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, op. cit. p. 56.

¹³² Dispõe o art. 71, inc. IV da Constituição Federal, que ao Congresso só é deferido o controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

¹³³ Art. 146, alínea “b”, *Regimento Interno do Senado Federal*.

devido processo legal, como por exemplo: praticando medidas como busca e apreensões sem os devidos cuidados e respeito à lei; realizando prisões arbitrárias pelo fato de indiciado querer fazer uso do direito constitucional do silêncio e de não se auto-incriminar; determinar bloqueio de bens e quebra de sigilos bancários e telefônicos ao arrepio da lei, dentre outras arbitrariedades.

Por esses motivos o Supremo Tribunal Federal, através da concessão de liminares, passou a impor limites a essas atuações. Os atos impugnados pelo Judiciário decorreram de deliberações - *tidas para alguns como interna corporis, pois a decisão das Comissões, corresponde a decisão do poder que estende a elas o direito de agir em seu nome* - que extrapolaram o seu campo de atuação, invadindo a esfera externa, o que lhes é vedado.

Em vista do exposto, entendemos que as CPIs dos Bancos e do Judiciário, utilizando competência em desacordo com a sua finalidade, obraram com manifesto desvio de poder. Sob o pretexto de investigação criaram fatos políticos e ao não encontrar indícios de crime geraram atos políticos. Não buscaram as CPIs mencionadas a verdade real, pois agiram sem equilíbrio, sem serenidade, comportamento próprio de um Tribunal Político, isto para não dizer que em várias oportunidades atuou como verdadeiro Tribunal de Exceção, desrespeitando a lei e a Constituição.

Para finalizar, acreditamos que o uso da prudente análise jurisdicional para determinados atos das CPIs, principalmente os que digam respeito aos direitos fundamentais, é medida salutar. Que não se venha alegar que isso estaria a obstar os trabalhos de investigação e que as Comissões de Inquérito sempre estariam a esmolar junto ao Judiciário as medidas necessárias ao desenvolvimento de seus trabalhos. Ante a necessidade devidamente comprovada e existindo os pressupostos do *fumus boni jûris* e do *periculum in mora*, ou outros requisitos autorizadores, o Judiciário pode e deve conceder a ordem com a maior presteza e urgência possível.

Tendo em vista os excessos praticados, entendemos como salutar a intervenção do Supremo Tribunal Federal limitando os atos das CPIs. Com efeito, para nós, deliberações que busquem invadir a esfera dos direitos individuais consagrados pela Constituição, que poderão, ao menos em tese, causar lesão e ofensa a direito, ou ainda, a

realização de atuações regradas em lei como v.g., quebra de sigilo telefônico, deverão ser objeto de prévia apreciação pelo Judiciário, para evitar danos de difícil reparação.

Isto posto, todos esses fatos geraram o presente trabalho e o porquê de defendermos desde o início a necessidade de se delimitar os atos do corpo interno, estabelecendo o seu raio de atuação e colocando-os sempre sujeitos ao controle jurisdicional, mesmo com relação a análise do mérito, assim como já feito com os “atos discricionários”, excetuando-se somente aqueles poucos casos onde não poderá ocorrer a ingerência de poderes.

A matéria não se esgota por aqui. Os estudos deverão continuar e a concretização desses limites deverá estar presente em todos os momentos, assim como já foi feito em sede dos *atos discricionários*. Os *interna corporis* deverão ser delimitados e ao Judiciário competirá estabelecer um controle mais rígido com relação a interpretação generosa e larga.

CONCLUSÃO

1. A edição de atos administrativos de qualquer natureza está intimamente ligada a noção de *função administrativa*. Dá-se a função administrativa quando o Estado legisla, administra e julga.
2. Função administrativa é o *dever do Estado ou de seus agentes com poderes de representação para que, de forma típica ou atípica, sob a égide do direito público e submissão obrigatória à lei, concretizem os comandos normativos em busca da finalidade legal e do interesse coletivo, através de atos e ações sujeitas ao controle interno de cada poder, ao controle externo pelo Legislativo e ao controle jurisdicional.*
3. Dever do Estado pode ser entendido como qualquer função estatal praticada não só pelo Executivo, mas também pelo Legislativo e pelo Judiciário no exercício da função administrativa de forma atípica, sujeita a controle e revisível pelo Judiciário por força de imperativo constitucional.

4. A essência dos atos administrativos vai ser encontrada nos valores do Estado de Direito, e só se pode falar em Estado de Direito quando nele se reúna a característica da subordinação à lei, a da submissão à jurisdição.

5. Ato administrativo é a declaração do Estado de forma típica ou atípica, conforme o objeto e o campo de atuação das prerrogativas públicas, na aplicação da norma concreta produtora de efeitos jurídicos entre o Poder Público e o administrado, cuja edição é feita sob a égide do direito público, suscetível de controle jurisdicional.

6. Os atos administrativos não são privilégios exclusivos do Poder Executivo. Os Poderes Legislativo e Judiciário também os pratica de maneira atípica, no exercício da função pública e de uma competência administrativa.

7. Os atos *interna corporis*, enquanto atos de conteúdo administrativo praticados (embora de forma atípica) pelo Legislativo e pelo Judiciário, encontram fundamento na própria Constituição da República, ou seja, são investidos de amparo e embasamento constitucional. Emanam dos referidos Poderes, em vista de possuír prerrogativas próprias no regular exercício de suas funções institucionais, conforme previsão existente na Lei Fundamental.

8. Atos interna corporis são aqueles praticados no âmbito de um órgão de pessoa jurídica de direito público, no exercício de uma competência exclusiva prevista constitucionalmente, voltados para a economia interna da corporação, aos seus privilégios e suas deliberações, outorgando direitos àqueles sob sua égide, e suscetíveis de revisão jurisdicional.

9. Regimento Interno é o regulamento de um órgão, posto ser ato administrativo normativo, e não a lei da Casa como normalmente é chamado.

10. Toda vez que um ato administrativo for editado com vício de ilegalidade, ou abuso de poder, poderá ele ser contrastado pelo Poder Judiciário, por força do que dispõe o inciso XXXV do artigo 5º da Lei Fundamental.

11. Existe atualmente uma necessidade de delimitação dos *interna corporis* e a instituição de formas mais severas de controle, para impedir a extrapolação de seu campo de atuação, e por consequência o arbítrio, o desvio ou abuso de poder e a violação ou lesão a direitos constitucionalmente tutelados, pois, na mesma proporção que os atos administrativos em geral, os atos do corpo interno estão igualmente submetidos ao princípio da legalidade, que deverá ser entendido de maneira mais ampla e extensa.

12. Os atos *interna corporis* devem ficar restritos a sua órbita exclusiva de atuação, ou seja, no âmbito interno das corporações e, mesmo assim, sujeitos ao controle jurisdicional no que diz respeito às normas constitucionais, legais e regimentais quando de suas edições.

13. Poder-se-ia adotar para o exercício de um controle legislativo preventivo dos *interna corporis* o exame dos mesmos pela *Comissão Permanente de Justiça*.

14. Lamentavelmente as omissões das Casas Legislativas, também com relação aos *interna corporis*, têm desvirtuado suas funções, exarando decisões e praticando atos de cunho político e não técnico-jurídico, dever precípua e fundamental de uma Comissão Permanente que analisa matéria de Direito.

15. A possibilidade de contrastamento jurisdicional dos atos do corpo interno se apresenta como plausível, pois esses atos possuem limites e a extrapolação dessas fronteiras é suscetível de controle pelo Judiciário, por força de mandamento constitucional.

16. Dentre os atos *interna corporis* não suscetíveis de contrastação jurisdicional ampla - controle especial - encontramos as deliberações plenárias com relação à formação ideológica da lei, escolha da Mesa, verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros, ao exercício de suas prerrogativas institucionais, à constituição das Comissões, organização de seus serviços auxiliares e valoração das votações, onde

apenas serão objeto de controle as questões pertinentes a constitucionalidade, legalidade, obediência regimental e forma.

17. Se algum ato invocando a proteção interna for praticado violando direitos e causando lesões, ou ainda obrando com desvio de finalidade, e nele não for encontrado os elementos essenciais a todos os atos administrativos (prescrições constitucionais, legais e regimentais, competência do órgão emanador, aspectos formais, legalidade do objeto, motivação, a finalidade almejada, além da razoabilidade e da boa-fé), o Poder Judiciário, se provocado, poderá submetê-lo ao respectivo controle e, em caso de lesividade e invasão de direitos poderá adentrar inclusive no mérito.

18. Seja através de função delegada, seja através de função própria de substituição, não se pode olvidar que as Comissões são verdadeiras extensões do Parlamento e suas atuações constituem expressão da vontade do Poder Legislativo.

19. Uma vez que as comissões legislativas são consideradas extensões do Parlamento, as suas atividades, embora realizadas na intimidade das Casas Legislativas, ou seja, *interna corporis*, estão igualmente sujeitas ao controle jurisdicional nos mesmos termos dos demais atos do corpo interno, inclusive as deliberações das Comissões, tomadas na forma regimental.

20. As CPIs, para atingir os seus fins, conforme a Constituição, carecem de mecanismos que possibilitem o desenrolar de seus trabalhos. Todavia, deverão obedecer, além da norma constitucional e das disposições contidas nos respectivos Regimentos, os ditames da Lei Federal nº 1.579, de 18/03/1952, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, naquilo que foi recepcionado pela Constituição.

21. As Comissões Parlamentares de Inquérito somente poderão exercer as atribuições investigatórias atribuídas pela Constituição, pela lei e pelo respectivo Regimento desde que nos mesmos termos e obedecendo as mesmas exigências que o ordenamento jurídico impõem aos juízes, sem contudo ultrapassar o limite de reserva jurisdicional

constitucional, o que inclui restrição a prisão, salvo flagrante delito, busca domiciliar e interceptação telefônica. Esses atos somente poderão ser realizados pelas CPIs se autorizados judicialmente.

22. Os *interna corporis* deverão ser delimitados e ao Judiciário competirá estabelecer um controle mais rígido com relação à interpretação generosa e larga que até então vem sendo praticada.

BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista (Reimpressão), Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997.

CRETELLA JR., J. *Comentários à Constituição de 1988*. 1ª edição, Vol. V. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. 3ª edição, 2º tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Vol. 2, D-I. São Paulo: Saraiva, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1983.

FARIA, Cássio Juvenal; GOMES, Luiz Flávio. *Poderes e Limites das CPIs*. Artigo dos Professores. Curso do Professor Damásio. Maio/99. home: <http://www.damasio.com.br>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____, *Do Processo Legislativo*. 3ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Atos Administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1980.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ª edición, t. 1, Parte General. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

JAMPAULO JR., João. *O Processo Legislativo Municipal: doutrina, prática e jurisprudência*. Leme, SP: LED Editora de Direito, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____, *Direito Municipal Brasileiro*. 6ª edição atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª edição revista, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SIMAS, Henrique de Carvalho. *Manual Elementar de Direito Administrativo*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Liber Júrís, 1987.

SOARES, João Carlos Mayer. *O poder de investigação do Legislativo: finalidade e limites*. Cartilha Jurídica. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, DF. Dezembro/1996.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *As Comissões Parlamentares de Inquérito e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política - IBDC. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 7, nº 26, janeiro/março, 1999.

DIREITO TRIBUTÁRIO: UM CASO CONCRETO

Alexandre Barros Castro¹

EMENTA²

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO INDEFERINDO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - OFERECIMENTO DE FIANÇA BANCÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - A FIANÇA NÃO TEM O CONDÃO DE SUBSTITUIR O DEPÓSITO INTEGRAL DO DÉBITO - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA RECURSAL - DESNECESSIDADE DE, NESTE MOMENTO PROCESSUAL, ENFRENTAR TODOS OS PONTOS LEVANTADOS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DO EFEITO ATIVO AO RECURSO - AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E IMPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. - O Magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, ainda mais se tratando de liminar, de cognição sumária, posto que as demais proposições, trazidas pelas partes, serão objeto de análise quando do julgamento definitivo do Agravo de Instrumento.³

¹ Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Autor de diversas obras jurídicas. Advogado militante.

² Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe ACÓRDÃO: 20129560 AGRAVO REGIMENTAL (C. Cível) 0412/2012; PROCESSO: 2012210454

JUIZ(A) CONVOCADO(A): IOLANDA SANTOS GUIMARÃES
AGRAVANTE IREP SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR, MÉDIO E FUNDAMENTAL LTDA
Advogado(a): CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO

AGRAVADO MUNICÍPIO DE ARACAJU; PROC. MUNICÍPIO GEILZA LUTTIGARDS DIAS

³ ACÓRDÃO - Vistos, relatados, examinados e discutidos os presentes autos, decidem os membros que compõem o Grupo II, da 1ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, conhecer do Agravo Regimental para negar-lhe provimento, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, integrantes deste julgado. Aracaju/SE, 02 de Julho de 2012. IOLANDA SANTOS GUIMARÃES JUIZ(A) CONVOCADO(A)

RELATÓRIO: Trata-se de AGRAVO REGIMENTAL manejado pela IREP SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR, MÉDIO E FUNDAMENTAL LTDA em face da Decisão Monocrática proferida nos autos dos Embargos de Declaração n.º 1691/2012 ofertados contra a decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal formulado nos autos do Agravo de Instrumento n.º 1054/2012 interposto em face do ora agravado MUNICÍPIO DE ARACAJU. Foi negado provimento aos Embargos de Declaração, cuja decisão monocrática recebeu a seguinte ementa: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO SINGULAR DO RELATOR, INDEFERINDO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL - OMISSÃO E CONTRADIÇÃO - INOCORRÊNCIA - DESNECESSIDADE DE, NESTE MOMENTO PROCESSUAL, ENFRENTAR TODOS OS PONTOS

LEVANTADOS NA INICIAL - ALEGAÇÕES NÃO CONDIZENTES COM AS HIPÓTESES LEGAIS DO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS APONTADOS - MERO INCONFORMISMO DA EMBARGANTE - PREQUESTIONAMENTO - EFEITOS INFRINGENTES - IMPOSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E IMPROVIDOS - DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. 1. Os Embargos de Declaração são utilizados com o escopo de corrigir eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida, não sendo o meio adequado para se tentar obter a reforma da decisão; 2. Não se admite Embargos de Declaração, para fins de prequestionamento, quando ausente qualquer dos requisitos do art. 535 do CPC; 3. O Magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, ainda mais se tratando de liminar, de cognição sumária, posto que as demais proposições, trazidas pelas partes, serão objeto de análise quando do julgamento definitivo do recurso." Em suas razões (fls. 2061/2081), a agravante alega que a sua pretensão, em juízo de cognição sumária, é tão somente a suspensão da exigibilidade do crédito enquanto perdurar a ação, como única forma de resguardar o direito do contribuinte, do que não pode o Poder Judiciário subterfugar, sob pena de afronta direta ao art. 5º, XXXV, da CF/88. Aduz que a fiança bancária ofertada teve o único intuito de reforçar a sua boa fé que, antecipando-se à cobrança do Município de Aracaju em sede de execução fiscal, moveu o Judiciário para debater espontaneamente o crédito contra si constituído, e ainda não executado. Enfatiza que estão presentes os requisitos autorizadores ao deferimento da medida judicial assecuratória, posto que única capaz de evitar que sua atividade empresarial seja obstada pela ausência de certidão de regularidade fiscal e que ocorra a expropriação de seus bens. Discorre acerca da mesma fundamentação trazida no Agravo de Instrumento e nos Embargos de Declaração quanto à imunidade tributária, decadência e cobrança de ISS retroativamente. Por fim, pugna pela reforma da decisão em juízo prévio de retratação e, alternativamente, o provimento do presente recurso, para que seja deferida a antecipação da tutela recursal suspendendo a exigibilidade do crédito tributário. Em boa síntese, é o relatório.

VOTO

Juíza Convocada IOLANDA SANTOS GUIMARÃES (Relatora):

O recurso é tempestivo e merece ser conhecido. Todavia, não deve ser provido, uma vez que não vejo razão para alterar o entendimento exposto na decisão ora agravada.

Não obstante o empenho da agravante, a sua insatisfação não merece prosperar, posto que comungo da mesma posição externada pelo eminente Des. Cláudio Dinart Déda Chagas nos decisórios de fls. 1981/1985 e 2047/2052.

Trata-se de Ação Anulatória de Débito Fiscal, na qual o douto Juízo de 1º grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela formulado pela agravante, que objetivava a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Para tanto, ofereceu como garantia a fiança bancária no valor total da obrigação tributária, acrescida de mais 30%, conforme previsão do art. 656, § 2º, do CPC.

Observo que o indeferimento do pedido de tutela antecipada na Ação Anulatória de Débito Fiscal se deu em razão de que a prova produzida não convenceu o Magistrado "a quo" da verossimilhança dos fatos alegados, notadamente a ilegalidade ou irregularidade da conduta fiscal, haja vista que a questão exige maior apuração dos fatos com dilação probatória.

Da mesma maneira, no âmbito deste agravo, entendo que a fumaça do bom direito, exigida para antecipar a pretensão recursal, não foi demonstrada pela agravante, principalmente diante do que dispõe o art. 151, II, do Código Tributário Nacional, art. 38, da Lei n.º 6.830/80 e a Súmula 112 do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcritos:

Art. 151 do CTN: Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)II - o depósito do seu montante integral.;

Art. 38 da Lei n.º 6.830/80:

A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.;

Súmula n. 112/STJ: O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.

De acordo com o disposto no art. 273 do Código de Processo Civil, são requisitos para antecipação de tutela: prova inequívoca de verossimilhança das alegações, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Para que a tutela antecipada, na forma pretendida, seja deferida é necessário mais que uma simples alegação de possibilidade de dano ou aparência do bom direito. O requerente deve fundamentar suas razões e provar os eventos que caracterizaram a verossimilhança do fato e a aparente possibilidade de lesão. No caso dos autos, não vislumbro a verossimilhança alegada.

Principalmente porque a sustação da exigibilidade de crédito tributário somente pode ocorrer nos casos delineados no Código Tributário Nacional, que tem status de Lei Complementar.

Essa limitação observa o princípio da legalidade que, no Direito Tributário, assume a configuração de reserva absoluta e representa óbice às interpretações extensiva e analógica (art. 111 do CTN).

Logo, a garantia apta à suspensão prevista no mencionado art. 151 é o depósito em dinheiro do montante integral do crédito tributário, que não se confunde com a fiança nem por ela é substituído, posto que pressupõe a viabilidade de sua imediata conversão em renda da Fazenda Pública, caso o pedido seja julgado improcedente.

A oferta de fiança não corresponde a uma das situações previstas no art. 151 do CTN para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, esse é o entendimento do STJ, in verbis:

TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DEPÓSITO EM DINHEIRO - SUBSTITUIÇÃO POR FIANÇA BANCÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 112/STJ - POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOMENTE EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário só ocorre mediante o depósito em dinheiro do montante integral devido, conforme o disposto no art. 151, II, do CTN, em que não consta a possibilidade de suspensão por meio de fiança bancária.

2. Aplicação da Súmula 112/STJ: "O depósito somente suspende e exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

3. O procedimento previsto no art. 15, I, da Lei n. 6.830/80 não se aplica em sede de ação anulatória de débito fiscal.

4. A agravante não trouxe argumento novo capaz de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1157794/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010).

Da mesma forma, não tem procedência a tentativa da agravante de fundamentar sua pretensão no § 2º do art. 656 do Código de Processo Civil, eis que o referido artigo delimita com clareza seu âmbito de aplicabilidade, qual seja, à "garantia de execução", sobre o tema também já se pronunciou a Superior Corte de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO DEPÓSITO EM DINHEIRO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL, EM AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL.

1. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 945.037/AM, decidiu pela impossibilidade de movimentação dos depósitos judiciais de tributos antes do trânsito em julgado do processo a que se encontram vinculados (DJe de 3.8.2009).

2. O seguro garantia judicial, assim como a fiança bancária, não é equiparável ao depósito em dinheiro para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor da Súmula 112/STJ. Nesse sentido: REsp 1.156.668/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 10.12.2010, submetido ao regime do art. 543-C do CPC.

3. Como bem observou o juiz da primeira instância, revela-se inaplicável, in casu (para suspender a própria exigibilidade do crédito tributário), o disposto no § 2º do art. 656 do CPC, invocado para arrimar a pretensão de substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia judicial, porquanto não se trata de simples requerimento de substituição de penhora nos autos de lide executiva, mas sim de pedido formulado em ação anulatória de débito fiscal. Pelo mesmo motivo de não se tratar de processo de execução, é inaplicável ao caso o art. 620 do CPC.

4. Recurso especial não provido.

I - SITUAÇÃO PROPOSTA PARA ANÁLISE (BREVE RELATO)

O acórdão trazido à baila traz questão de grande relevância na seara processual exacional, especificamente no que diz respeito à suspensão da exigibilidade da obrigação tributária, requerida no trâmite de ação anulatória de débito fiscal, ante a prestação de fiança bancária, meio não previsto dentre as hipóteses elencadas no artigo 151, II da Lei nº 5.172, de 23 de outubro de 1966. Em sede de agravo de instrumento, houve decisão singular do relator, indeferindo o pedido de **antecipação da tutela recursal** por entender que a fiança a que alhures aludimos não se presta ao fim de suspender a referida exigibilidade creditícia, exatamente ante à falta de previsão legal.

Dentre os vários institutos que analisamos neste módulo, a ementa em análise aborda o agravo de instrumento, o agravo regimental, os embargos de declaração e a antecipação de tutela recursal. Ante a delimitação que se impõe, entendi por bem optar

(REsp 1260192/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011). (grifo nosso).

Desse modo, diante da ausência de outros elementos, não há como antecipar a pretensão recursal.

Por outro lado, é importante consignar que não restou demonstrado o risco de dano para a agravante, necessário à concessão do efeito ativo pretendido, já que não há notícia do ajuizamento da execução fiscal, nem tampouco de bloqueio de numerário, a agravante fala apenas em iminência, é o que se extrai do trecho abaixo (fl. 26):

Dessa maneira, o periculum in mora consiste, justamente, na iminência que se encontra de ver contra si ajuizada uma execução fiscal com possível bloqueio judicial, sem que o crédito tributário de ISS seja ao menos devido.

Não obstante esse argumento convém frisar que eventual inscrição na dívida ativa e ajuizamento do processo executivo fiscal é uma faculdade do credor, garantida constitucionalmente, que não pode ser mitigada.

Por fim, registro que a questão somente será resolvida de maneira exauriente no momento do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 1054/2012 pelo órgão colegiado.

Os pontos abordados na decisão agravada foram os necessários para o deslinde da questão em sede de liminar, de cognição sumária, sendo que as demais proposições serão objeto de análise em momento oportuno, ou seja, quando do julgamento final do Agravo de Instrumento.

Sendo assim, não apresentando a parte agravante, nas razões recursais do Agravo Regimental em exame, argumentos aptos a ilidir a decisão monocrática recorrida, remanescem absolutamente incólumes os fundamentos que a sustentaram.

Diante do exposto, reafirmo, portanto, as decisões monocráticas de fls. 1981/1985 e 2047/2052 e NEGO PROVIMENTO ao presente Agravo Regimental.

É como voto.

Aracaju, 02 de Julho de 2012.

Juíza Convocada IOLANDA SANTOS GUIMARÃES

Relatora

Aracaju/SE, 02 de Julho de 2012.

IOLANDA SANTOS GUIMARÃES

JUIZ CONVOCADO

pela análise em particular, da antecipação da tutela recursal, tema que abordamos na aula do dia 5 de outubro, pp. ministrada pelo Prof. Dr. William Santos Ferreira.

II- ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL

Com a reforma processual, Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, o artigo 273 do Código de Processo Civil foi alterado, permitindo-se que preenchidos todos os requisitos estabelecidos naquele dispositivo legal, a antecipação dos efeitos da sentença de mérito em qualquer processo.

Segundo Teori Albino Zavaski⁴, o legislador acautelou-se a fim de evitar controvérsias com que de há muito o Direito pátrio se debatia, mormente no que se referia à antecipação da tutela seu alcance e a sua reversibilidade, notadamente quando o Estado era parte. Assim, agora o legislador em sua reforma teve o cuidado de trazer disciplinamento novo, diverso do que se impunha, por exemplo, às cautelares, possibilitando a reversibilidade da decisão que antecipava os efeitos da tutela pretendida. As antigas discussões doutrinárias acerca das principais diferenças advindas das cautelares e das antecipações de tutela deixaram de existir, restando claras as diferenças entre ambas: o caráter satisfativo da tutela na primeira, e o assecuratório do direito na segunda.

No campo tributário, por certo, é perfeitamente possível a antecipação da tutela⁵, notadamente nas ações em que o objeto seja a busca da tutela jurisdicional que declare nulo o crédito tributário. Corrobora nosso pensar, Dejalma Andreino Nogueira Júnior, que assim explicita seu magistério: “...possíveis como objetos da antecipação de tutela a nulidade da constituição do crédito tributário, o direito à compensação de valores

⁴ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

⁵ Tivemos a oportunidade de assim exarar nosso pensamento em obra de nossa lavra em coautoria: “...reveste-se apenas de antecipação de sua tutela, diante do maior risco que poderia advir sem aquela preliminar prestação jurisdicional, qual seja, o de suspender, até decisão final, a exigibilidade do crédito tributário, ou ao menos até que revogue a tutela”. In Castro, Alexandre Barros e Souza, Luis Henrique Neris de. *Código Tributário Nacional Comentado*. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 276.

antecipados no regime de substituição tributária progressiva (art. 150 § 7º da Constituição Federal) e a declaração de inexistência de relações jurídico-tributárias”⁶

Em verdade na seara instrumental impositiva mesmo antes da reforma processual civil de 1994, já se concedia a tutela antecipatória, fosse em sede de ações cautelares, ou em sede de mandados de segurança impetrados para suspender a exigibilidade de tributo tido por inconstitucional. Diante de tal panorama, inúmeras foram as decisões que passaram a deferir a antecipação de tutela para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. O argumento utilizado para a concessão de tal medida, haja vista que não fazia parte do rol do art. 151 do Código Tributário Nacional⁷, era que, por ter a mesma natureza jurídica das demais tutelas de urgência, e não havendo nenhum óbice para a sua concessão, seria- perfeitamente cabível a concessão de tutela antecipada com aquele fim. Neste sentido, segue o julgamento do Recurso Especial nº 260085, da lavra da Ministra Eliana Calmon:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE (ART.151 DO CTN) - TUTELA ANTECIPADA (ART. 273 DO CPC).1. A tutela antecipada pode ser aplicada contra o poder público, quando presentes os pressupostos para a sua outorga. 2. Se a tutela antecipada do art. 273 do CPC tem natureza jurídica idêntica a de liminares previstas em ações especiais, não se tem dificuldade em inseri-la, por extensão, ao elenco do art. 151 do CTN. 3. Interpretação

⁶ NOGUEIRA JUNIOR, Dejalma Andreilino. *A Tutela Antecipatória contra a Fazenda Pública no Processo Tributário*, in *Direito Tributário: Direito Processual Administrativo e Judicial*. Martins, Ives Gandra; Brito Edvaldo (organizadores), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Entende o autor que desde que não haja nenhum impedimento previsto no CPC, é possível a concessão de antecipação de tutela prevista nos arts. 273 e 461 § 3º contra a Fazenda Pública, desde que presentes os requisitos para a sua concessão. Ou seja, desde que haja prova inequívoca ou que seja relevante o fundamento da demanda, que haja verossimilhança da alegação, fundado receio de dano ou risco de ineficácia do provimento final, atos procrastinatórios da Fazenda e não haja perigo de irreversibilidade da decisão, a antecipação de tutela pode ser deferida.

⁷ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - **a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)**

VI - o parcelamento. **(Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)**

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações assessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

sistemática compatível com a índole do direito público. 4. Recurso especial não conhecido.”⁸

Com a alteração levada a efeito pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001 e a consequente inserção do inciso V no artigo 151 do Código Tributário Nacional, não mais restou qualquer dúvida acerca da possibilidade da eficácia da tutela antecipada como espécie de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Se por um lado a questão parecia sanada, noutra vertente, muitos Magistrados passaram a exigir o depósito do montante integral, previsto no inciso II do referido artigo 151 do CTN, para a concessão da tutela antecipada, muito embora não haja qualquer disposição legal nesse sentido. Tal entendimento passou a ser frequente nos tribunais, ante o não convencimento por parte de alguns julgadores acerca da verossimilhança do direito do autor.⁹ Além do acórdão sobre o qual nos debruçamos neste exercício, podemos, trazer à colação, dentre outros:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARGUMENTOS QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DECISÓRIOS. Não tendo as razões de agravo infirmado os fundamentos decisórios merece mantida, na íntegra, a decisão agravada, sintetizada na ementa a seguir transcrita: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE ICMS. ARTIGO 151, II, III E V, CTN. PEDIDO PRINCIPAL VISANDO À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO DO ESTADO COM PRECATÓRIO OBJETO DE CESSÃO DEVIDO PELO IPERGS. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/09. DECRETO ESTADUAL Nº 47.063/10. DEPÓSITO

⁸ Recurso Especial nº 260085/RS, Recurso Especial, Superior Tribunal de Justiça, 2º Turma, Ministra Eliana Calmon, 8 abril de 2002

⁹ Como cediço o art. 273, do Código de Processo Civil, preceitua que, para a concessão da antecipação de tutela, há a necessidade de demonstração de prova inequívoca dos fatos para o convencimento do julgador da verossimilhança do direito alegado, acrescida do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Cândido Rangel Dinamarco traz interessante lição a respeito: "Ficam ao critério discricionário do juiz, que ele exercerá prudente e motivadamente em cada caso, a outorga da tutela antecipada total ou parcial..." acrescenta, ainda, que "A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a cautelar" In *A Reforma do Código de Processo Civil*, 1ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 1995, p. 141 e 143.

*DO MONTANTE INTEGRAL DO CRÉDITO. NECESSIDADE DE QUE SEJA EM DINHEIRO. PEDIDO ADMINISTRATIVO E DECISÃO DEFINITIVA. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA. ARTIGO 273, CAPUT, CPC. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, assim como deste Tribunal, quanto à inadmissibilidade da compensação de crédito do Estado com precatório objeto de cessão devido pelo IPERGS, quer pela inexistência de lei estadual que a tanto autorize, como exige o artigo 170, CTN, quer pela ausência de créditos e débitos recíprocos. Aliás, com a vigência da EC nº 62/09, tendo o Estado do Rio Grande do Sul adotado o regime do artigo 97, § 1º, I, ADCT, os precatórios somente terão poder liberatório se e quando deixar de ser procedido o respectivo depósito, a par de se definir a possibilidade de abatimento compensatório em relação à entidade devedora (art. 100, § 9º, CF/88). Quanto à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, forte no artigo 151, II e III, CTN, o depósito do montante integral deve ser em dinheiro e o pedido administrativo deve estar pendente de julgamento, respectivamente, contexto diante do qual resta afastada a verossimilhança das alegações, inviabilizando, pois, a concessão da tutela antecipada pleiteada, assim como raciocínio em termos do disposto no artigo 151, V, CTN."*¹⁰

Feitas tais colocações, há ainda que recordar ante o acórdão em análise que, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela contido no instituto processual elencado no artigo 273 do Código de Processo Civil não pode ater-se única e tão somente ao primeiro grau de jurisdição. Claro está que se constatando a existência dos pressupostos para concessão da medida, prova inequívoca e verossimilhança das alegações, bem como o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa ou ainda o manifesto objetivo protelatório do réu, torna-se perfeitamente aplicável o instituto da antecipação dos efeitos da tutela também nas instâncias superiores, quando do manejo dos recursos.

Nesse esteio, o artigo 527 do Código de Processo Civil¹¹ cuida dos poderes do relator no agravo de instrumento. Especificamente no inciso III pode o relator atribuir

¹⁰ Agravo Nº 70045137767, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, 28 de setembro de 2011

¹¹ Art. 527 – Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

efeito suspensivo ao recurso (art. 558) ou deferir em antecipação de tutela a pretensão recursal, no todo ou em parte. Em ambos os casos, o relator emitirá um provimento monocrático sob a forma liminar. A antecipação da tutela recursal objetiva adiantar, no todo ou em parte, a pretensão formulada no agravo, como por exemplo, não pagar integral ou parcialmente uma obrigação tributária, ou atender inteiramente ou de forma apenas parcial ao cumprimento de um dever instrumental.¹²

III – COMENTÁRIOS FINAIS

No acórdão em análise, entendemos que não andou bem o relator, seja por exigir a integralidade do depósito, seja por afastar a possibilidade da prestação de fiança bancária para antecipação de tutela almejada, suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Sua decisão lastreou-se, sobretudo em infundados argumentos, que *permissa venia*, reproduzimos:

De acordo com o disposto no art. 273 do Código de Processo Civil, são requisitos para antecipação de tutela: prova inequívoca de verossimilhança das alegações, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Para que a tutela antecipada, na forma pretendida, seja deferida é necessário mais que uma simples alegação de possibilidade de dano ou aparência do bom direito. O requerente deve fundamentar suas razões e provar os eventos que caracterizaram a verossimilhança do fato e a aparente possibilidade de lesão. No caso dos autos, não vislumbro a verossimilhança alegada.

Principalmente porque a sustação da exigibilidade de crédito tributário somente pode ocorrer nos casos delineados no Código Tributário Nacional, que tem status de Lei Complementar.

Essa limitação observa o princípio da legalidade que, no Direito Tributário, assume a configuração de reserva absoluta e

III- poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente a pretensão recursal, comunicando ao juiz a decisão. (destaquei)

¹² Preferimos a terminologia “dever instrumental” à expressão “obrigação acessória” a partir dos escólios do saudoso Geraldo Ataliba, que cunhou esta última em nosso país ante a imprecisão da letra da lei, que trata de acessoriedade, sem que exista qualquer obrigação principal a escorá-la.

representa óbice às interpretações extensiva e analógica (art. 111 do CTN).

Logo, a garantia apta à suspensão prevista no mencionado art. 151 é o depósito em dinheiro do montante integral do crédito tributário, que não se confunde com a fiança nem por ela é substituído, posto que pressupõe a viabilidade de sua imediata conversão em renda da Fazenda Pública, caso o pedido seja julgado improcedente.

Com efeito, os requisitos para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não são concorrentes ou aditivos, vale dizer o artigo 151 do Código Tributário Nacional não faz qualquer menção à necessidade de depósito integral para a concessão da tutela antecipatória, quer em primeira instância, quer em grau recursal. Há que se levar em consideração ainda, que exigir verossimilhança e ainda exigir a integralidade do crédito em discussão como depósito, resulta extremamente temeroso, na medida em que se o débito for de altíssimo valor e o sujeito passivo tributário não dispor de tal quantia em dinheiro, terá que aguardar até o trânsito em julgado da ação para, pelo menos, deixar de ter, por exemplo, dentre outros, seu nome inscrito em dívida ativa.

Se tais argumentos por si só já não bastassem, há que considerar que há diversas decisões que corroboram nosso pensar:

*TJSP - Agravo de Instrumento: AI 2988243020118260000 SP
Processo:*

AI 2988243020118260000 SP 0298824-30.2011.8.26.0000

Relator(a): Reinaldo Miluzzi

Julgamento: 05/03/2012

Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Publicação: 05/03/2012

Ementa

EXECUÇÃO FISCAL Oferecimento de carta de fiança bancária - Admissibilidade da garantia Desnecessidade de depósito em dinheiro Possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário - Precedentes do STJ e do TJSP - Decisão concessiva mantida - Recurso não provido

O Superior Tribunal de Justiça ao se debruçar sobre a questão, também já se pronunciou sobre o tema:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO. ART. 151, V, DO CTN. REDAÇÃO DADA PELA LC 104/2001. PRECEDENTES DO STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível o cabimento de liminar em ação cautelar para suspender a exigibilidade do crédito tributário independentemente da realização do depósito do montante integral do débito, circunstância esta que não importa em ofensa ao disposto no art. 151 do Código Tributário Nacional.¹³ 2. A Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, ao acrescentar o inciso V ao artigo 151 do CTN, indicando como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial, apenas ratificou o entendimento já adotado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias. 3. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quanto a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" Súmula n. 83/STJ. 4. Recurso especial não-provido.¹⁴

Não podemos olvidar ainda que a seara tributária insere-se no campo do direito público, portanto, muito mais garantido estaria o interesse coletivo com a prestação de fiança bancária, em valor aliás superior ao crédito em discussão, como oferecido pelo agravante, do que aguardar a fase executória, e correr o risco acerca da inexistência de bens propícios para os consequentes embargos, e o iniludível prejuízo público, vale dizer, sob nenhuma ótica pode-se tecer louros á decisão proferida.

Assim, em acanhada síntese não aquiescemos com o posicionamento do relator, que entendeu por bem não conceder os efeitos antecipatórios da tutela em grau recursal, ante as razões que acima apresentamos, fundadas na jurisprudência, bem como nos princípios da proporcionalidade, uma vez que resulta desproporcional a exigência do depósito do montante integral, em dinheiro, notadamente se de grande monta, para que

¹³ Destaquei.

¹⁴ Recurso Especial nº261902/RS, Recurso Especial, Superior Tribunal de Justiça, 2º Turma, Ministro João Otávio de Noronha, 6 de dezembro de 2005

seja suspensa a exigibilidade do débito fiscal, ante a clara afronta aos princípios norteadores de nossa processualística.

IV- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENUCCI, Renato Luis. *Antecipação de Tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética.

CASTRO, Alexandre Barros e SOUZA, Luis Henrique Neris de. *Código Tributário Nacional Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010

CUNHA, Leonardo José Carneiro da: *A Fazenda Pública em Juízo*, 8º edição, São Paulo: Dialética, 2010

DINAMARCO Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FADEL, Sergio Sahione. *Antecipação de Tutela no Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Dialética..

MANENTE, Luciana Nini. *Tutela Antecipada no Direito Processual Tributário*. São Paulo :Quartier Latin.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, 10ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA JUNIOR, Dejalma Andrelino. *A Tutela Antecipatória contra a Fazenda Pública no Processo Tributário*, in *Direito Tributário: Direito Processual Administrativo e Judicial*. Martins, Ives Gandra da; Brito Edvaldo (organizadores), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

DETERMINISMO DE LAPLACE

Luiz Carlos Branco Junior

1. Preliminares

A impossibilidade de modificar o destino dos acontecimentos perturba a mente humana e põem muitos estudiosos a enfrentar questões que não podem terminar em êxito. Por outro lado, a pregação da ordem natural estabelecida no universo como uma sucessão inevitável de acontecimentos cria uma acomodação para fixar as bases do determinismo.

A afirmação de que há mecanismos para explicar o mais absurdo dos acontecimentos chama a atenção e requer um aprofundamento teórico para evitar a vulgarização da teoria do acaso previsível. Outra dificuldade aqui é convencer que algo que ocorra de modo não-explicável reflete somente a falta de conhecimento para explicar uma ocorrência óbvia num futuro próximo no qual todos os seus desdobramentos sejam devidamente desvendados.

Pode-se até traçar um paralelo com a noção teológico-filosófica de *predestinação absoluta*, como um conceito naturalista que Deus consegue prever ou até decidir previamente os acontecimentos, afastando o livre-arbítrio do homem. A divindade decide os rumos a serem traçados pelos seres que estão sob seu comando, atuando livremente sobre o homem e os fenômenos da natureza (*onisciência*); fica de lado aqui a explicação dos acontecimentos e surge a noção de dogmas a serem aceitos sem quaisquer questionamentos. Emergem inúmeros problemas desses postulados, uma vez que, sem atuar sobre seu destino, a idéia de salvação do homem daria lugar a escolha divina e a acomodação poderia dominar os povos pelo simples fato de que haveria um povo escolhido por Deus para gozar as maravilhas do céu. Na *predestinação moderada*, fica estabelecida uma convivência entre o a determinação divina e o livre-arbítrio humano, como Deus oferece a salvação e o homem decide na aceitação ou na recusa deste benefício celestial.

Ao direcionar tudo para o conhecimento humano e vislumbrar a possibilidade de o homem explicar os acontecimentos com o conhecimento acumulado por séculos, o

determinismo deixa a região do naturalismo teológico e avança para o naturalismo racional, posicionando-se distante da interferência divina.

2. Concepção Única

Em princípio, não basta posicionar o determinismo como doutrina oposta ao livre-arbítrio, mas apresentar a visão dos defensores dessa tese em prol da máxima de compatibilidade da natureza entre a causa conhecida e o efeito como consequência do passado e do presente. No plano teórico, há relações claras entre o acontecimento ou situação futura e o presente, isso sem desprezar o passado. Sob outra ótica, o futuro vai sendo determinado pelo passado e pelo presente, impossibilitando qualquer variante que permita distanciar daquilo previsto com base no conhecimento pleno dos dados referentes ao presente e ao passado. Baseado em três planos, quais sejam o biológico, o histórico e o físico, o futuro vai sendo desenhado com total acerto sobre o conjunto de fatos do passado e do futuro.

3. Origem dos Estudos

Há quem acuse a origem do determinismo no pensamento grego antigo conhecido como epicurismo¹, isso devido à insistência em buscar o prazer em todas as passagens da vida e a pregação de que a experiência decorre da vivência, na certeza de que todos os caminhos bem percorridos vão desaguar na felicidade. Ao valorizar o homem na busca pela felicidade, afasta as divindades sem deixar de reconhecer as suas existências, como quando afirmou Epicuro que *é sem valor pedir aos deuses aquilo que nós mesmos podemos realizar*. Há racionalismo no pensamento epicurista, despontando a prática sobre o plano teórico, indicando os caminhos para conduzir ao futuro próspero da felicidade com a ausência de dor ou outra aflição. Outro detalhe importante era a desconsideração do destino decorrente da vontade divina, acusando-se o atingimento da felicidade com o exercício da liberdade e da amizade e a reserva de tempo para meditar (prática da justiça e da bondade). Na física epicurista, baseava no atomismo de Demócrito, toda a natureza era constituída de átomos, inclusive a alma. Daqui partia a noção pelo menos três certezas, quais sejam, os caminhos que conduzem à felicidade, a

¹ Sistema filosófico criado por Epicuro de Samos, filósofo grego do período helenístico do século IV a.C.

inexistência de outra vida depois da morte e a existência de deuses inofensivos fora de nosso universo. Ainda na física, precisamente na faculdade concedida aos átomos de se desviarem espontaneamente da linha reta na queda através dos espaços, o *clinamen* não indica o livre arbítrio do homem na combinação da contingência com o indeterminismo universal.

4. Antecessor

A respeito do cálculo de probabilidades, por reconhecimento do próprio Laplace, o matemático francês Abraham de Moivre² publicou os principais trabalhos, como a *Doctrine of Chances* em 1718. Na observação de Laplace, devem ser exaltadas as idéias originais de De Moivre sobre a consideração direta sobre as probabilidades dos acontecimentos: aproximação entre o resultado de experiências e o que foi previsto.

5. Primeiras Idéias

No primeiro formato em que foi concebido, o determinismo emergiu como idéia gerada pelo fato de a situação futura depender forçosamente do presente e do passado. Daí as condições iniciais e as atuais evoluírem ou regredirem para algo previsível. Agora, no formato proclamado por Laplace, o determinismo parece ter vazado da contestação à necessidade de explicação inerente à razão humana preconizada pelos gregos, defendida como ilusão espiritual pelos epicuristas. Outros afirmam que os primeiros apontamentos sobre o tema surgiu com as reflexões de um matemático chinês chamado Zhu Shi Jie, por volta do ano 1303.

6. Princípios

Tratando do cálculo de probabilidades, Laplace empregou alguns mecanismos já conhecidos para o cálculo de probabilidades, como os princípios e métodos de Pascal e

² Abraham de Moivre nasceu em Vitry-le-François, Champagne, na França, em 26 de Maio de 1667, e faleceu em Londres, no Reino Unido, em 27 de Novembro de 1754, famoso pela Fórmula De Moivre que relaciona os números complexos com a trigonometria, e por seus trabalhos na distribuição normal e na teoria das probabilidades. Observe-se que De Moivre foi o primeiro matemático a usar princípios atuariais e bases científicas para o cálculo de seguros de vida, isso no ano de 1725.

Fermat aplicados em jogos de azar, e criou outros tantos para dar melhor sustentação aos argumentos esposados.

Apesar da importância do estudo de Laplace, não se pode negar que suas conclusões revelam uma forma mais ampla de conceber estudos feitos por outros cientistas sobre o estudo das probabilidades de ocorrências futuras, daí a necessidade de estabelecer alguns postulados que foram tomados como princípios por ele:

1º Princípio – *definição de probabilidade*: explicita aqui o número de casos favoráveis e todos os casos possíveis, nas palavras de Laplace eram os *cas favorables/tous cas possibles*³.

2º princípio – *especificação na teoria do acaso*: as possibilidades estão em dois casos distintos, isso até despontar o caso mais provável. A possibilidade de diversas soluções reclama uma análise mais apurada no contexto da teoria do azar (*théorie des hasards*), daí a soma das soluções possíveis vazar como probabilidade mais aceitável⁴.

3º princípio: *variação das probabilidades*: as combinações genéricas aumentam ou diminuem as probabilidades em geral, destacando os acontecimentos independentes como resultados das probabilidades particulares. Segundo Laplace, *geralmente, a probabilidade de que um acontecimento simples se repita um dado número de vezes nas mesmas circunstâncias é, por conseguinte, igual a probabilidade deste acontecimentos simples elevada a potência indicada por esse número*⁵. No caso da presunção histórica, a decantação da probabilidade deve ser particular pelo fato de ser separado por um largo espaço de tempo.

4º princípio – *dependência entre acontecimentos*: em acontecimentos dependentes, tem-se a probabilidade composta como resultado a seqüência temporal dos eventos. Apregou Laplace que *quando dois acontecimentos dependem um do outro, a probabilidade do acontecimento composto é o produto da probabilidade do primeiro acontecimento pela probabilidade de que se deu o acontecimento posterior, daí que um*

³ Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, p. 9.

⁴ Nas palavras de Laplace, *alors la probabilité sera la somme des possibilités de chaque cas favorable* (Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, p. 9).

⁵ Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, p. 10; LAPLACE, Pierre Simon. *Ensayo Filosófico sobre las Probabilidades*, p. 23.

*sucedará o outro*⁶. As ocorrências do passado influenciam as probabilidades do futuro evento que se quer analisar.

5º princípio – *passado no futuro*: há cálculo da probabilidade de um acontecimento e isso se verifica com a divisão da segunda probabilidade pela primeira, apontando a instabilidade do passado como fortificadora do futuro. Na lição de Laplace, *Se for calculado a priori a probabilidade do fato produzido e a probabilidade de um acontecimento composto deste e de outro que se espera, a segunda probabilidade, dividida pela primeira, será a probabilidade do acontecimento esperado, deduzida do acontecimento observado*⁷. Vê que o passado influencia o futuro no plano das probabilidades.

6º princípio – *teorema da probabilidade total*: é a *regra de Bayes* formulada por Thomas Bayes⁸ em 1763 e, segundo a qual, deve-se atribuir importância considerável à causa concreta. Na pregação de Laplace, *a cada uma das causas as quais um acontecimento observado pode ser atribuído, está indicada com mais probabilidade, quanto mais provável esta causa se supõe existir, o acontecimento será alterado*⁹. Segue a lição, pois é o princípio fundamental desta parte da análise do acaso que consiste na remontagem dos acontecimentos sobre as causas¹⁰. A probabilidade de acerto do acontecimento é maior quando se toma a causa como existente.

7º princípio – *esperança matemática*: desenvolvido primeiramente por C. Huygens¹¹, em *De Ratiociniis in ludo aleae*, a repetição da causa determina o futuro ou permite que o acontecimento siga repetindo-se. Nas palavras de Laplace, *a probabilidade de um acontecimento futuro é a soma dos produtos da probabilidade de cada causa, deduzida do acontecimento observado, pela probabilidade de que,*

⁶ Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, pp. 11-12; LAPLACE, Pierre Simon. *Ensayo Filosófico sobre las Probabilidades*, p. 24.

⁷ Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, p. 12; LAPLACE, Pierre Simon. *Ensayo Filosófico sobre las Probabilidades*, p. 25.

⁸ Thomas Bayes foi um matemático inglês e um pastor presbiteriano calvinista, conhecido por ter formulado o teorema de Bayes. Nasceu em Londres em 1702 e faleceu em Tunbridge Wells, Kent em 17 de Abril de 1761.

⁹ Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, p. 13.

¹⁰ Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, p. 12; LAPLACE, Pierre Simon. *Ensayo Filosófico sobre las Probabilidades*, p. 26.

¹¹ Christiaan Huygens: matemático, astrônomo e físico neerlandês, descobriu os anéis de Saturno. Nasceu em Haia, 14 de Abril de 1629 - Haia, 8 de Julho de 1695.

*existindo dita causa, ocorra o acontecimento futuro*¹². Daí que a esperança e o temor da ocorrência futura estão ligados a repetição do fenômeno ou o ressurgimento das causas que o determinaram no passado.

8º princípio – *vantagem de acontecimentos*: a probabilidade de ocorrer pode decorrer de diversas causas já percebidas. Por Laplace, *até as vantagens de vários acontecimentos a gente obtém, tomando a soma dos produtos da probabilidade de cada acontecimento pelo benefício ligado a sua verificação*¹³.

9º princípio – *paradoxo de São Petersburgo*: criado por N. Bernoulli¹⁴, consistiam na possibilidade de poder decorrer de uma série de atos e nos dois resultados poderem ser produto de tudo isso, tem-se aqui a esperança do resultado pretendido numa proporção relativa. Explicita Laplace que *numa série de acontecimentos possíveis, dos quais uns produzem benefícios e outros perdas, ter-se-á a vantagem resultante somando os produtos da probabilidade de cada acontecimento favorável pelo benefício que proporciona, e restando desta soma a dos produtos da probabilidade de cada acontecimento desfavorável pela perda vinculada a ele. Se a segunda soma supera a primeira, o benefício será perdido e a esperança converte-se em temor*¹⁵.

10º princípio – *esperança moral*: a dimensão do produto deve levar em conta o patrimônio da pessoa interessada, já que o valor depende de certa subjetividade. Por fim, Laplace explica que *o valor relativo de uma soma infinitamente pequena é igual ao seu valor absoluto dividido pelo bem total da pessoa interessada*¹⁶. Conclui mais adiante que *a desvantagem dos jogos, a conveniência de não expor ao mesmo risco todo o benefício que se aguarda e todos os resultados análogos indicados pelo bom sentido*

¹² Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, p. 15; LAPLACE, Pierre Simon. *Ensayo Filosófico sobre las Probabilidades*, p. 28.

¹³ Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, p. 18; LAPLACE, Pierre Simon. *Ensayo Filosófico sobre las Probabilidades*, p. 31.

¹⁴ Pelo paradoxo de São Petersburgo, vazou uma das questões de maior expressão da teoria das probabilidades, criado por Nicolau I Bernoulli em 1713 e publicado em 1738 por seu primo Daniel Bernoulli. Nicolau I Bernoulli, matemático suíço, nasceu na Basileia, em 21 de Outubro de 1687 e faleceu no mesmo local em 29 de Novembro de 1759.

¹⁵ Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, p. 18; LAPLACE, Pierre Simon. *Ensayo Filosófico sobre las Probabilidades*, p. 32.

¹⁶ Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, p. 20; LAPLACE, Pierre Simon. *Ensayo Filosófico sobre las Probabilidades*, p. 33.

*subsistem qualquer que seja a função da fortuna física que, para cada indivíduo, expressa sua fortuna moral*¹⁷.

7. Causalidade

A causalidade da física busca a origem do fenômeno, como a terceira das leis de Newton indica que a toda ação há uma reação. Igualmente no determinismo, as reações são previsíveis até mesmo com relação à intensidade e isso indica o conhecimento dos dados que cercam a ação para se atingir o resultado antes de sua ocorrência.

Afastando-se da precisão matemática ou dos desdobramentos da física, ao analisar o fato ocorrido, o determinismo penetra na sociologia¹⁸ e encontra seus recantos até direito. Mas, no direito, o determinismo pode ser trabalhado no plano hipotético também. Isso se dá na relação factual entre o sujeito e o resultado, podendo gerar um direito, uma ameaça de direito ou uma lesão de direito. Na elaboração da norma, muitas vezes o legislador deve prever uma consequência punitiva exequível somente no plano teórico, isso enquanto não recebe a regulamentação idônea a instrumentalizar a restrição da liberdade ou de direito, ou mesmo a restrição de ordem administrativa. Assim, ao determinar a Lei de Drogas que o usuário poderá receber uma advertência do juiz, enquanto não se iniciou o primeiro procedimento criminal tendente a tal punição depois que a lei entrou em vigor, combinada com a regulamentação dos termos da advertência, a punição não tinha ocorrido em caso algum. Existia somente em caso hipotético.

8. Funcionalidade

A eficiência do determinismo em atingir os resultados com precisão bem antes de sua ocorrência determina a sua funcionalidade. Em caso de não-atingimento do resultado apontado, a deficiência decorre de falha na avaliação dos dados relacionados como causa, a ausência de maturação na análise das possibilidades, a insuficiência do conhecimento arrecadado...

¹⁷ Pierre Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, p. 21; LAPLACE, Pierre Simon. *Ensayo Filosófico sobre las Probabilidades*, p. 35.

¹⁸ Georges Gurvitch, *Determinismos Sociais e Liberdade Humana*, p. 3.

Deveras, busca-se aqui a atribuição de somente uma dimensão para a previsibilidade; trata-se do caráter unívoco ou unidimensional da previsibilidade¹⁹.

9. Evolução

As relações interpessoais avançam a passos largos e sua ocorrência pode ser indicada pelo determinismo sem qualquer problema relacionado à probabilidade de sua ocorrência. Em verdade, o resultado evolutivo pode perfeitamente ser previsto pelo determinismo em seu método de análise da realidade.

No campo teórico-jurídico, acusa-se a influência sobre Kant²⁰ no desenvolvimento do imperativo categórico enunciado como um *dever agir de modo que a sua máxima se converta em vontade universal*, um mandamento incondicional.

10. Teoria das Probabilidades

A proximidade entre a probabilidade e a certeza depende de algumas análises e reflexões em torno dos casos e do desdobramento dos acontecimentos, emergindo uma única possibilidade como resultado. Ao atingir resultados equivocados, a justificativa laplaceana sempre foi fundada na ignorância da pessoa que desenvolve os estudos, falta de preparo para compreender ou a precipitação no anúncio dos resultados.

11. Teoria do Acaso

A teoria do acaso, também referenciada como teoria do azar, apresenta-se como mecanismo tendente a reduzir todos os acontecimentos em possibilidades. Após vencer as questões sobre a existência do fato e os detalhes que o cercam, a probabilidade torna-se atingível com a investigação das tendências. Para se atingir o êxito, as evidências denunciam a certeza com o manuseio dos acontecimentos atuais em combinação com o caso analisado.

12. Fatalismo

¹⁹ Georges Gurvitch, *Determinismos Sociais e Liberdade Humana*, p. 3.

²⁰ Immanuel Kant, filósofo alemão, nasceu em Königsberg no dia 22 de abril de 1724 e faleceu no mesmo local em 12 de fevereiro de 1804.

A grande concentração do determinismo está na vontade do indivíduo e a possibilidade de conhecer o futuro, enquanto o fatalismo não se prende à vontade e sempre traz um resultado que interrompe uma sequência²¹.

13. Determinismo Determinista

No sistema determinista, a exatidão do fato futuro emerge sempre como previsão possível, isso na visão de Pierre-Simon Laplace (1749-1827). Assim, a atualidade deve ser sempre concebida como efeito do passado e causa do futuro, considerando todos os fatores que podem influenciar na ocorrência dos fatos. A complexidade aqui fica por conta do método a ser seguido para precisar o acerto na ocorrência que está por vir.

14. Metodologia

O método interpretativo foi difundido como *demônio de Laplace*, figurando a palavra *demônio* no sentido grego de semideus (*daimon*), da a complexidade dos caminhos a serem trilhados para se chegar ao evento futuro.

Há alguns requisitos para desenvolver o método sugerido por Laplace, quais sejam a onisciência instantânea, a erudição nomológica, a super-computação e o não distúrbio.

Pela *onisciência instantânea*, exige-se o conhecimento de todo o universo num determinado instante, isso com alta precisão de dados. A *erudição nomológica* revela o conhecimento exato das leis que regem o universo, estabelecendo uma visão individual de cada regra. Na *super-computação*, as equações complexas seriam elaborada instantaneamente. Por fim, o *não-distúrbio* afasta qualquer possibilidade de outros fenômenos interferirem no funcionamento do universo e, por consequência, alterar a previsão.

15. Determinismo Estatístico

No caso de variações esperadas dos resultados, a imprevisibilidade parcial decorre de medições individuais que geral as previsões precisas quanto à alteração de frequências (estatísticas nos resultados).

²¹ Georges Gurvitch, *Determinismos Sociais e Liberdade Humana*, p. 8.

16. Crise

A crise do determinismo não impediu sua difusão por outras áreas, emergindo o determinismo social e o determinismo das leis, entre outros. O grande impacto foi sentido diante do livre-arbítrio.

Bibliografía

GURVITCH, Georges. *Determinismos Sociais e Liberdade Humana*. Trad. Heribaldo Dias da Costa, Rio de Janeiro: Forense, 1968.

LAPLACE, Pierre Simon. *Ensayo Filosófico sobre las Probabilidades*. Trad. Alfredo B. Besio e José Banfi, Buenos Aires: Espasa-Calpe Argentina, 1947.

LAPLACE, Pierre Simon. *Essai philosophique sur les probabilités*. 5ª ed., Bruxelas: Chez H. Remi, 1829.

INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE E PUBLICIDADE DA PENHORA À LUZ DA LEI 11382/06

Tarcisio Germano De Lemos Filho¹

I- Introdução:

Questão relevante que vem acometendo os operadores do Direito diz respeito ao confronto entre o que se convencionou chamar de *efetividade do processo*, vista como a intervenção eficaz e pronta em favor do jurisdicionado que ostenta o melhor direito, e a necessidade de preservação de mecanismos que garantam a segurança em favor daquele que vai ser atingido pelos efeitos da correspondente providência.

Surge, daí, a dicotomia entre certeza e probabilidade, atuação eficaz e preservação do “status quo”, atuando o juiz em favor da manutenção do equilíbrio que deve resultar do uso do processo, sem que isso implique sacrifício do direito material.

Essa prudência esperada do magistrado, portanto, não poderá se incompatibilizar com o objetivo a ser alcançado pela via jurisdicional, sob pena de destinatário da medida vir-se, mediante um indesejável paradoxo, em situação de vantagem em relação àquele cujo direito se pretende garantir.

Em se tratando de atos executivos, subsiste a certeza da existência do direito pelo título que lhes dá origem, de modo que a sua realização não poderá esbarrar em exigências de forma ou em outras questões de cunho processual que em nada podem alterar a substância do mesmo direito a ser materializado.

Chamam a atenção, nesse aspecto, dois dispositivos inseridos no Código de Processo Civil, que aparentemente vêm sendo interpretadas de modo bastante particular, seja em nível administrativo seja no âmbito jurisdicional, como se o acolhimento de um implicasse o sacrifício ao menos momentâneo do outro, quais sejam : a intimação da penhora ao cônjuge e a publicidade impeditiva da fraude à execução.

Dispõe o artigo 615-A do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11382/06:

¹ Professor Mestre do Curso de Direito, no Centro Universitário Padre Anchieta (UNIANCHIETA)

O exequente poderá, no ato da distribuição, obter **certidão comprobatória do ajuizamento da execução**, com **identificação das partes** e valor da causa, para fins de **averbação no registro de imóveis**, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ 1º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

§ 2º **Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.**

§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).

§ 4º O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.”

O artigo 655, parágrafo segundo, com a redação dada pela mesma lei de 2006, determina, por seu turno, que recaindo a penhora em bens imóveis, seja intimado “*também o cônjuge do executado*”, sem que tivesse sido expressamente revogado o artigo 167, I, 5, da Lei 6.015/73, na parte em que prevê o *registro* da penhora.

O entendimento que causa enorme dificuldade à celeridade processual e à prevenção da fraude, baseia-se, com o devido respeito a quem o sustenta, no equívoco de que somente o aperfeiçoamento *processual* da penhora é que permite a sua inserção no registro imobiliário, como se houvesse direito real no ato da constrição, ou como se ela, em si, configurasse ato expropriatório em face do patrimônio do devedor.

Assim, a análise em separado dos institutos da intimação e da penhora parece salutar à remoção do equívoco, de modo que a inovação legislativa produza os efeitos que a inspiraram, já que nem de um a coisa ou de outra trata em particular.

II- A PENHORA :

A responsabilidade patrimonial é da essência do processo executivo, seja na forma do cumprimento de sentença, seja pela execução por título extrajudicial. Nessa linha, como preconizado pelo artigo 591 do Código de Processo Civil, o devedor coloca-se em posição de “*não poder impedir que a sanção seja realizada mediante a agressão direta de seu patrimônio*”, pois “*traduz-se na destinação de bens do devedor a satisfazer o direito do credor*”².

Ocorre que *satisfação do credor* sintoniza-se, obrigatoriamente, com *suficiência patrimonial* do devedor, ou seja, o patrimônio que responderá pelo cumprimento coercitivo da obrigação será correspondente a esta, nem mais, nem menos. Vem então a penhora vincular bem específico à obrigação, individualizando o que deve ser conservado e concedendo ao respectivo credor preferência em relação aos demais³.

Não se trata, por óbvio, de ato expropriatório, mas preparatório dele, de cunho demarcatório, de iniciativa exclusiva do credor, como decorre da atual sistemática, que não mais permite a nomeação dos bens, concentrando-se na lavratura de auto ou termo, com a consequente intimação do devedor.

A tomada da penhora por termo em cartório, por indicação do credor, ou a lavratura do auto, por decorrência da expedição de mandado, são atos de mera documentação, ao passo que a nomeação de depositário apresenta-se como ato conservativo, praticado no interesse do credor⁴.

A penhora, é forçoso reconhecer, subsiste como tal desde o momento em que a constrição é documentada, sendo a nomeação de depositário e a intimação do credor o seu mero *aperfeiçoamento*, não portanto, *requisitos de sua ocorrência*. Haja vista, de qualquer modo, que a nomeação de depositário forçosamente integra o auto ou o termo,

² Wambier. Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, volume 3, p; 99.

³ Esclarece Araken de Assis que a penhora “*não extrai o poder de disposição do executado. Tal poder se revelará ineficaz perante o credor*”, acrescentando que “*indubitavelmente a penhora constitui ato específico de intromissão do Estado na esfera jurídica do obrigado, mediante a apreensão material, direta ou indireta, de bens constantes do patrimônio do devedor. A penhora é ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo*”. *Manual do processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.444.

⁴ Abordando a matéria, Wambier registra que “*a falta de nomeação de depositário não implica inexistência ou nulidade da penhora. Verificada a sua falta, , não se anulam a penhora e os atos subseqüentes, mas se corrige o defeito, procedendo-se ao depósito*. Obra citada, p. 163.

tendo a reforma processual agilizado a providência e a respectiva intimação, conforme se extrai do parágrafo quinto do artigo 659 do CPC.

III- DA INTIMAÇÃO DA PENHORA:

Intimação, conforme o significado que lhe empresta a lei processual civil no artigo 234 “*é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa*”.

Em tal ordem, a intimação da penhora ao devedor ou ao seu cônjuge não constituem atos conservativos ou acautelatórios em favor do credor, mas atos de ciência, destinados a possibilitar a prática de atos dentro do processo, por parte do destinatário da comunicação⁵.

Ora, *execução forçada* é incompatível com a submissão de atos executivos à esfera volitiva do obrigado inadimplente. Daí dizer que a intimação do devedor só pode ser ato de comunicação quanto à ocorrência da penhora, não ato integrativo dela mesma, mas de aperfeiçoamento, para que seja dada ciência da incursão estatal em seu patrimônio e para que pratique, se o caso, os atos processuais que possam impedir modificar ou extinguir os rumos da execução.

Aliás, deve ser registrado que a intimação da penhora abre apenas a possibilidade da oferta da impugnação no procedimento de cumprimento de sentença, já que a apresentação dos embargos na execução por título extrajudicial tem outra sistemática, de modo que, neste último caso, trata-se exclusivamente de ato de comunicação⁶.

Veja-se, por outro lado, que a obrigatoriedade de intimação do cônjuge, em se tratando de penhora de bem imóvel, é algo que, “*data maxima venia*”, doutrina e

⁵ “*As intimações servem ao chamado intercâmbio processual, pois mediante elas se procede à cientificação dos atos do processo a quem os deva conhecer*”. Muniz de Aragão. Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., Volume II, p. 296.

⁶ O artigo 475-J, parágrafo primeiro fala em intimação ao advogado, permitindo, subsidiariamente ao executado que não o tenha. Já o artigo 738 dispensa a penhora como pressuposto aos embargos à execução por título extrajudicial, o que torna irrelevante a intimação para esse fim.

jurisprudência ainda não forneceram explicação técnica suficiente para a exigência, mais parecendo que o dispositivo é de inspiração puramente moral⁷.

Antonio Cláudio da Costa Machado⁸, acertadamente, mostra que essa providência “*não o torna parte da execução (executado apenas é o outro), mas por meio dela abre-lhe a oportunidade de oferecer embargos de terceiro ou remir a execução*”. Mas se a finalidade é permitir que o cônjuge proteja a meação, qual o motivo da intimação ser exigida apenas em se tratando de penhora de bens imóveis e não de qualquer bem sujeito ao regime matrimonial?⁹ Veja-se que a meação atualmente é absorvida pelo produto da alienação do bem indivisível¹⁰, de forma que não pode o cônjuge simplesmente obstar a expropriação integral, como no regime anterior, o que também torna dúbia a necessidade de ser intimado para opor-se enquanto terceiro.

Assim, salvo melhor juízo, cabe ao juiz, de ofício, verificar se o cônjuge é parte na execução e, automaticamente, mandar preservar, junto ao produto da alienação, a meação que lhe competir, se não integrar a relação processual. Por outro lado, se a intenção é autorizá-lo a remir, que seja intimado da execução, logo no seu início, não exatamente em virtude de penhora de *bem imóvel*, pois não há muita lógica em se presumir que o interesse do cônjuge se limite à preservação do patrimônio meramente imobiliário do casal.

Não nos parece acertada, da mesma forma, a conclusão de que a intimação sustenta-se no artigo 10 do CPC, porque a sua aplicação circunscreve-se ao processo de conhecimento. Portanto, se litisconsortes na fase de conhecimento, os cônjuges o serão também na fase de cumprimento de sentença., pois só a citação torna alguém parte no

⁷ Vicente Greco Filho demonstra que “*ao propor a execução, o credor deve dirigi-la às pessoas enumeradas no artigo 568, podendo, porém, a apreensão de bens alcançar os terceiros responsáveis que não são necessariamente partes na ação, desde que presente alguma das situações jurídicas previstas no artigo 592. Ainda que o credor desde o início da execução saiba que deverá perseguir os bens em mãos de terceiros, deve propô-la contra as pessoas enumeradas no artigo 568; se propuser contra as referidas no artigo 592, será carecedor de execução por ilegitimidade de parte*”. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, volume 3, p. 15.

⁸ *Código de processo civil interpretado*. Barueri: Manole, 2007, p. 877.

⁹ O artigo 592, IV, sujeita o cônjuge à responsabilidade patrimonial, nos casos em que seus bens ou meação respondem pela dívida. O correto, entretanto, seria colocá-lo como litisconsorte na ação de conhecimento

¹⁰ Artigo 655-B- Tratando-se e penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.

processo, de forma que, sendo os embargos do devedor deferidos à parte e não a terceiro interessado, não deve ser por esse motivo, também, que a intimação é exigida¹¹.

Curioso o fato, ainda, da lei não distinguir entre cônjuges separados de fato e efetivamente conviventes, como nada diz em relação ao regime de bens, notadamente diante de um Código Civil que dispensa a outorga uxória nos matrimônios regidos pela separação total.

Talvez tenha sido também um “cochilo” do legislador não dispor sobre a forma de intimação do cônjuge, se a imediatidade foi prevista em relação ao devedor, que é informado da constrição na pessoa do advogado, por simples disponibilização da notícia da penhora na imprensa virtual.

O mais acertado seria tomar tal providência, *se possível*, por ato extrajudicial, a cargo do registro de imóveis onde a penhora viesse a ser inscrita¹², conforme o que porventura lá existisse. Veja-se que nem sempre constam das transcrições informações relativas ao cônjuge, estando tais dados somente presentes a partir do advento da Lei 6.015/73, com a abertura gradual das correspondentes matrículas. Essa omissão, se verificada, não pode prejudicar o direito do credor, pois a publicidade da penhora não deve ficar na dependência das diligências promovidas pelo exequente em busca do cônjuge não identificado na transcrição, ainda mais com a exigência de ser qualificado por completo, o que é um absurdo jurídico, sem respaldo no princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Ciente das dificuldades que a intimação do cônjuge geralmente acarreta, o Superior Tribunal de Justiça tem relevado a providência para efeito de dar a penhora como realizada, prestigiando o direito do credor¹³, o que deve produzir os seus efeitos

¹¹ Humberto Theodoro Júnior, ao contrário, deixou assentado, contudo, que “*sendo a mulher casada intimada da penhora, na execução da dívida do marido, ela se transforma em parte da relação processual. Deixa de ser terceiro e tem de defender sua meação por meio de embargos do executado, sendo carecedora do remédio especial dos embargos de terceiro*” (Comentários ao CPC. Rio de Janeiro: Forense, 1979, volume IV, p. 206. De difícil compreensão esse posicionamento, seja porque ninguém se torna parte no processo via *intimação*, ainda mais em se tratando do atual regime de cumprimento de sentença, onde os atos executivos se voltam em face de quem foi exatamente parte na fase de conhecimento, seja porque a responsabilidade patrimonial do artigo 592 não torna o responsável parte.

¹² Pedimos vênias para falar em penhora *inscrita*, uma vez que o texto legal ora fala em *registro*, como está na LRP, ora fala em *averbada*, como está no CPC.

¹³ O STJ, no REsp 331.812-MG, relator Ministro Rui Rosado, examinando o tema, concluiu que, não intimado o cônjuge da executada, não se invalida a penhora. Apenas o ato de intimação. Confira-se a seguinte passagem do voto condutor daquele acórdão:

em face da necessária publicidade e da preferência a que se refere a lei em face de outros credores.

IV- DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 615-A DO CPC FACE À JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA:

Não raro os credores deparavam-se com dificuldades quase que intransponíveis, do ponto de vista administrativo, para procederem ao registro da penhora junto ao registro imobiliário.

Apenas a título de ilustração, acórdão do Conselho Superior da Magistratura, datado de 3 de agosto de 2006, publicado no DOE de 20 de outubro de 2006, de número 537-6/2, relator o Desembargador Gilberto Passos de Freitas, firmou-se na posição irreduzível de que *“a intimação da penhora ao cônjuge é requisito essencial à formação do título levado a registro, sem o que não pode ele ingressar no fôlio real, por ofensa ao princípio da legalidade. Além disso, a ausência de intimação do cônjuge viola, também, o princípio da continuidade registral, cujo exame é igualmente atribuição do oficial registrador”*.

Com todo o acatamento devido à jurisprudência consolidada do Conselho Superior da Magistratura, tal posicionamento é incompreensível face às regras que

“2. Não foi intimada da penhora o cônjuge da executada Edna, casada com separação de bens. Esse ato deve acontecer, para que se formalize a constrição. Porém, tanto não significa que o ato se desfaz, senão que depende, para sua perfectibilização, de que se complete com a cientificação do cônjuge, momento a partir do qual deverá ser contado o prazo para embargos (REsp 79.794/SP). A invalidade não é da penhora, apenas do ato de intimação incompleto ou imperfeito.”

Confira-se a ementa do julgado, no que interessa:

“2. Recaindo a penhora em bens imóveis, a falta de intimação do cônjuge da executada é defeito que incide sobre o ato de intimação, não sobre a penhora, que continua válida e eficaz, devendo ser completada com a intimação do marido, e somente a partir daí fluirá o prazo para embargar. Por isso, inaceitável o recurso da executada que pretende seja desfeita a penhora. Recurso não conhecido.”

Nessa linha, também, foi julgado o recurso especial 629.320, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, em sessão de 7 de maio de 2007, DJU 4/6/2007, p 340:

EXECUÇÃO. PENHORA. BEM IMÓVEL. CASAL. INTIMAÇÃO DA PENHORA. DESCONSTITUIÇÃO.

- Se a penhora incide sobre bens imóveis, a falta de intimação do cônjuge da executada, não faz nula a penhora, que apenas, deve ser aperfeiçoada com a intimação do marido. Precedente.

regem o processo de execução e à publicidade que se pretende a ele impor, em proveito da satisfação do credor.

A intimação do cônjuge do devedor, como doutrinariamente já visto e decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, não interfere na higidez da penhora. Em verdade, além da constrição não depender de um “facere” pelo cônjuge, as suas consequências são de ordem estritamente processual : se é para remir, pode fazê-lo a qualquer tempo, antes da arrematação ou da adjudicação; se é para opor embargos de terceiro, é óbvio que o registro da penhora independe da vontade do embargante, que poderá interpô-los até mesmo em caráter preventivo ou mesmo diante da adjudicação ou arrematação.

Veja-se, portanto, que realmente não há lei que imponha a prévia intimação do cônjuge, como requisito de admissibilidade do registro da penhora. A exegese, por outro lado, tem que levar em conta razões de cunho teleológico. Não nos parece razoável, portanto, que administrativamente estivesse se negando o registro, com base em *jurisprudência firme*, sem que se demonstrasse qual a finalidade prática de se exigir que a intimação se fizesse *antes* da inscrição pretendida.

Pelo princípio da continuidade é que menos se entende, ainda, a decisão em análise. Tanto a lei, como a doutrina, ao tratarem do referido princípio, falam em *outorgante* e ou em transferente¹⁴, o que não se coaduna com a ideia de execução forçada e expropriação de bens, já que a penhora, em si, não se confunde com *outorga* ou *transferência*, da mesma forma que a alienação judicial da coisa penhorada passa a milhas de distância do ato de vontade do proprietário.

Em verdade, os textos dos artigos 195 e 237 da Lei de Registros Públicos não sofrem um único arranhão se do mandado de registro não constar a intimação do cônjuge, ou mesmo a sua qualificação. Só é penhorável bem do devedor ou do responsável patrimonial (artigos 591 e 592 do CPC), logo não há motivo para se

¹⁴ O princípio da continuidade, que se apóia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidades à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o **outorgante** dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência de imóvel no patrimônio de transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 285;

duvidar que o juiz da execução agiu acertadamente ao permitir que se lavrasse o termo ou se ultimasse o auto de penhora com base em certidão atualizada do registro imobiliário. A continuidade registral irá interessar a quem adquirir o bem em hasta pública¹⁵, mas não será a intimação do cônjuge do devedor quanto à *penhora* que irá garantir a observância do princípio, como é óbvio.

O artigo 615-A do CPC, introduzido pela Lei 11382/06., facilitou sensivelmente a publicidade, agilizando o procedimento junto ao registro imobiliário e superando os entraves burocráticos que a rígida interpretação do texto legal acaba acarretando.

A certidão a ser extraída diz respeito simplesmente ao *ajuizamento* da execução, contendo a *identificação das partes* e o *valor da causa*, para fins de *averbação* no registro de imóveis. Nada além disso.

Deve ser sublinhado, para que não se criem futuros entraves burocráticos, até porque o parágrafo quinto do dispositivo permite que “*os tribunais expeçam instruções para o cumprimento do artigo*”, que *identificar* não se confunde com *qualificar*, o que pressupõe providências verdadeiramente mais ágeis para que a averbação se ultime. Aliás, a dispensa da qualificação do cônjuge do credor, de manifesta inutilidade, deve ser um dos resultados mais eficazes do novo texto legal, já que em boa hora o legislador percebeu a verdadeira natureza da penhora como providência assecuratória do adimplemento forçado. e não direito real sobre coisa alheia.

A providência é visivelmente acautelatória e, como pois, facultativa¹⁶, sujeitando o responsável pelo abuso à reparação correspondente. Isso tampouco é novidade entre nós, dado o conteúdo do artigo 811 do CPC, que penaliza, objetivamente, os causadores de danos a destinatários de cautelares inconseqüentes.

Já no que pertine à penhora formalizada, a averbação apresenta-se como pressuposto indispensável para elidir possível fraude à execução e não mais mera faculdade do credor. De qualquer modo, o texto claro e ágil do parágrafo quarto do artigo 659 não autoriza a mais remota possibilidade da averbação sujeitar-se à prévia intimação do cônjuge do devedor, já que impõe, apenas e tão somente, a apresentação

¹⁵ v. artigo 703, I- *A carta de arrematação conterà: a descrição do imóvel, com remissão a sua matrícula e registros*

¹⁶ *Machado*, Antonio Cláudio da Costa, ob, cit, p. 799.

de certidão de inteiro teor do *ato*, qual seja, do *auto ou termo de penhora*, cujo conteúdo é expressamente previsto no artigo 665 do CPC. Igualmente, afastam-se as complicações quanto à ausência de nomeação de depositário, já que o artigo 659, parágrafo quinto, impõe o encargo ao próprio devedor, pelo ato da intimação da penhora feita na pessoa do advogado.

Não resta claro, outrossim, se a averbação acautelatória subsiste por si só, ou se necessária a sua confirmação por outra, obrigatória, quando da formalização da própria penhora. Se vier a ser interpretada como providência cautelar, parece aconselhável que venha confirmada pela segunda, demonstrando que a penhora realizou-se no prazo de trinta dias, por analogia aos artigos 806 e 808, I, do CPC, sobretudo diante das conseqüências indenizatórias que o abuso pode gerar. Portanto, uma das instruções que os tribunais poderiam expedir, na forma do parágrafo quinto do artigo 615-A, seria o cancelamento “ex officio”, caso não sobreviesse a averbação da própria penhora, no prazo de trinta dias.

Embora mantida a exigência de intimação do cônjuge, em se tratando de penhora de bem imóvel, a providência não mais poderá ser vista como pressuposto da publicidade do ato, embora tenha faltado ao novo texto processual a sistematização de mecanismo ágil e lógico a essa cientificação.

Também deverá ser solucionado o questionamento a respeito da manutenção do texto da LRP quanto à possibilidade de *registro* da penhora, se o CPC ateu-se à averbação, sendo uma lei especial e a outra ordinária,

Em boa hora, entretanto, o legislador visualizou as falhas do sistema implantado, substituindo o *mandado de registro da penhora* pela *certidão de distribuição da execução*, passando a falar em *averbação* e não mais em *registro*, dando à penhora os seus verdadeiros contornos e agilizando a sua indispensável publicidade.

Caberá à jurisprudência a consolidação da proposta legislativa, preenchendo as lacunas e obscuridades apontadas, de modo que as inovações introduzidas sirvam, concretamente, à pretendida efetividade da prestação jurisdicional na fase executiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro, Forense, 1976

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. Barueri: Manole, 2007

MUNIZ DE ARAGÃO. Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., Volume II

GRECO FILHO, Vicente, *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, volume 3, p. 15.

THEODORO J., Humberto. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, volume IV

WAMBIER. Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, volume 3

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. PRÓS E CONTRAS. VISÃO JURISPRUDENCIAL

Claudio Antonio Soares Levada¹

Premissa: o direito à saúde é um dever do Estado. Buscam-se os procedimentos não oferecidos pelo SUS. Quanto à iniciativa privada, suprem-se judicialmente as recusas dos planos de saúde em relação aos procedimentos, ou das seguradoras no tocante ao reembolso de tratamentos ou cirurgias.

De um lado, o Judiciário impede violações por parte do Estado (frise-se haver solidariedade entre os entes estatais, cabendo ao cidadão escolher contra quem propor a ação). Impede também abusos contratuais e violações à boa-fé objetiva. Por outro lado, quanto ao Estado pode-se inviabilizar o acesso à saúde, um dos fundamentos do SUS (o acesso universal); por outro, na iniciativa privada a intervenção do Judiciário aumenta o custo dos planos, a fim de tornar viável a atividade econômica das empresas de saúde.

Para o hoje Ministro do STF Teori Zavascki, não há um direito “a estar sempre saudável”, mas sim “a um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis”. Pondera porém que “a atuação judicial ganha espaço quando inexistem políticas públicas ou quando elas são insuficientes para atender minimamente a deveres estatais básicos”.

O senador Tião Viana (PT/Acre) informa que haveria um movimento financeiro da ordem de R\$ 680 milhões em compras de medicamentos decididas por ordens judiciais, o que a seu ver é temeroso, ao se substituir um pensamento técnico e político de gestão da saúde pela decisão de um juiz.

O Ministro Benedito Gonçalves, do STJ, compartilha de opinião semelhante, ao dizer que o Judiciário, quando ingressa na esfera da Administração Pública, “cria problemas de toda ordem, como o desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços

¹ Desembargador. Coordenador de Núcleo da Unianchieta. Professor convidado da PUC/SP, PUC/Campinas, FAAP e EPD, em cursos de pós-graduação nas áreas de Direito Civil e Processual Civil. Coordenador Regional de Processo Civil da Escola Paulista da Magistratura. Mestre e Doutor em Direito Civil pela USP e PUC/SP, respectivamente. Diretor Jurídico da APAMAGIS.

públicos e outros”. As demandas contra o Estado deveriam obedecer à lógica do razoável, com pedidos que possam ser cumpridos financeiramente pelo Estado.

As situações são examinadas caso a caso. O STJ reconhece aos portadores de doenças graves, sem disponibilidade financeira para custear o tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de necessidade comprovada (REsp. n.º 1.028.835, 1ª. T., rel. o hoje Min. do STF Luiz Fux). Importante porém investigar a situação econômica real do doente, para evitar abusos de quem tenha capacidade financeira individual para tratar-se.

Também entende o STJ que o paciente não tem o direito de escolher o tratamento mais oneroso, ao Estado ou ao plano de saúde, se houver alternativa mais barata, existente no SUS ou coberta pelo plano, com iguais resultados para o paciente (RMS 28.338, rel. Min. Eliana Calmon).

Também se admite bloqueio judicial de verbas da Fazenda Pública como meio para efetivação do custeio do tratamento. Decidiu-se que havendo conflito entre o direito fundamental à saúde e o da impenhorabilidade das verbas públicas, prevalece o primeiro (REsp. n.º 901.289, rel. o hoje Min. do STF Teori Zavascki). “Sendo urgente e impostergável a realização de transplante medular ósseo, sob pena de grave comprometimento da saúde da demandante, não teria sentido algum submetê-la ao regime jurídico comum, naturalmente lento, da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública”.

A origem de tudo, ou a disseminação do ativismo judicial em relação à determinação de medicamentos não cobertos pelo SUS ou por planos de saúde, começou com os tratamentos aos portadores de HIV, mesmo que os remédios não estivessem previstos ou aprovados no Brasil, mas sendo usados nos Estados Unidos ou na Europa. Exemplo é o voto do Min. do STF Luiz Fux no REsp. n.º 684.646, RS, 1ª. T. do STJ, em que se determinou a importação de um tratamento experimental à época (2005) para AIDS, não aprovado aqui mas sim pela Agência Europeia de Avaliação de Medicamentos. Decidiu-se que o direito à saúde é um direito-meio para atender ao direito maior a uma vida digna, ou seja, para atender ao princípio da dignidade humana, constitucionalmente previsto no artigo 1º, inciso III.

A linha seguida pelo STF não é substancialmente diferente. Enquanto presidente do órgão máximo, o Min. Gilmar Mendes convocou audiência pública para discutir o excesso de

demandas para efetivação do direito à saúde, tendo discursado em seu início nos termos seguintes:

“O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a hígidez do sistema. (...)

No contexto em que vivemos, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais. (...)

O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos submetidos à sua apreciação, vem se deparando com situações trágicas no julgamento do pedido de cada cidadão que reclama um serviço ou um bem de saúde, muitas vezes extremamente urgentes e imprescindíveis. (...)

Precisamos analisar, entre outras questões, as conseqüências da atuação do Poder Judiciário para a ordem, a saúde e a economia públicas, mas sem esquecer que estamos tratando de um dos direitos mais importantes para os cidadãos brasileiros, o direito à vida. (...)”.

Na verdade, e isto foi realçado pelo então Defensor Geral da União, Leonardo Lorea Mattar, o Judiciário age em face da omissão do Estado, a fim de “corrigir defeitos apresentados na prestação organizada pela Administração Pública”; o ativismo judicial existe diante das falhas do aparelho governamental ou dos abusos cometidos na iniciativa privada. Citem-se os argumentos utilizados:

“O que estamos a discutir, aqui, não é a substituição da Administração Pública pelo Poder Judiciário, porque isso, evidentemente, é prejudicial para o sistema; isso, evidentemente, desorganiza o uso das verbas. Não há dúvida em relação a isso. O que estamos discutindo aqui é: em situações específicas, quando, por falta de vontade, por falta de planejamento, por qualquer outro motivo, o Estado não consegue cumprir aquilo a que se propôs, a elaborar as políticas públicas necessárias, pode ou não o Judiciário intervir? Pode e deve intervir, sim.

Então, não se trata aqui de desarticular o Sistema de Saúde através de decisões judiciais, mas sim de corrigir defeitos apresentados na prestação organizada pela Administração Pública. O que todos nós gostaríamos e esperamos que aconteça nos próximos, talvez, cinco, dez anos, é que a Administração Pública possa formular, de forma plena, suas

políticas para que não seja necessária a intervenção do sistema de Justiça para fazer as eventuais correções.”

É preciso lembrar, 25 anos após sua promulgação, que as normas protetivas dos direitos fundamentais não são meramente programáticas, despidas de eficácia plena. São mais do que princípios, são na verdade regras baseadas em princípios, a serem concretizadas no dia a dia, ou perderiam seu caráter protetivo. E a invasão dos juízes, como é vista muitas vezes, só ocorre porque houve um correspondente abandono no campo da saúde, muitas vezes sob o cômodo argumento – e sempre pronto para ser usado, note-se – de falta de previsão orçamentária, falta de leitos etc., ou sob o argumento, tão impressionante quanto vazio, de que o Estado não pode ser o segurador universal, como se a vida humana, uma que seja, deva ser relegada a questões de ordem econômica ou de gestão da saúde – leia-se má gestão da saúde, ou não haveria as necessidades a serem supridas.

Também a questão dos planos de saúde, privados, deve ser analisada sob o ângulo de que, bem planejados os custos de cada carteira, individual ou coletiva, o que se faz por meio de cálculos atuariais bem conhecidos e precisos, haverá uma distribuição mais equânime, mais equilibrada, dos prêmios devidos ao longo do tempo, o que muitas decisões enfatizam. Decisões que, no Tribunal de Justiça de São Paulo, entre 2009 e 2010 foram 88% favoráveis ao usuário, 7,5% favoráveis aos planos de saúde e 4,5% com a concessão parcial dos pedidos, num universo de 782 decisões colegiadas examinadas pelo médico Mário Scheffer, em excelente artigo encontrado na Rev. Dir. Sanitário, v. 14, n.º 1, pp. 122/132, março/junho de 2013. O CDC fundamenta 59% das decisões analisadas, a lei 9.656/98 embasa 15%, a Constituição Federal 6,5% e o Código Civil 13%, dentre outras normas.

As negativas de cobertura em casos de câncer aparecem em 218 das ações, ou 36,57%; AVC, infarto e problemas cardíacos vários surgem com 116 ações, ou 19,46%; seguidas de doenças do sistema osteomuscular, artroses, hérnias de disco, problemas ortopédicos e de coluna. Os procedimentos mais negados são os quimioterápicos, com 35,95% das ações, tanto para uso domiciliar como ambulatorial; seguidos de cirurgias, fisioterapia, fonoaudiologia e reabilitações; hemodiálise e transplantes.

Percebe-se que se trata de um universo de doenças graves, cuja negativa de tratamento não raro pode conduzir à morte ou à invalidez do paciente. Por isso mesmo são muitas vezes

procedimentos dispendiosos, que sem dúvida oneram os planos, o que aumenta a necessidade de planejamento rigoroso de seus custos, a fim de evitar sua inviabilização econômica.

Não há dúvida de que a via administrativa é a mais adequada para a solução das demandas relativas à saúde. O Judiciário deve agir de modo suplementar, apenas quando ocorram omissões do Estado ou negativas injustificadas dos planos de saúde ou das seguradoras privadas. E se, por um lado, os recursos são finitos, o que torna necessário que as ordens judiciais sejam ponderadas e considerem o custo para o Estado do cumprimento das medidas emergenciais, por outro lado a vida humana não pode em nenhuma hipótese ser desprezada ou secundarizada. Governar é definir prioridades, presumindo-se que um país que se tenha disposto a realizar uma Copa do Mundo e uma Olimpíada tenha condições de gerir de forma plena seu sistema de saúde, fiscalizando melhor as irregularidades que acontecem cotidianamente, reprimindo a corrupção com firmeza e administrando com sabedoria os recursos para manutenção do SUS.

A interferência suposta que o Judiciário faz, a cada decisão urgente ou emergencial, a uma não é interferência nas políticas públicas da saúde e sim a realização de sua função primordial, de impedir toda e qualquer ameaça ou lesão a direito alegado, conforme o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Um país que possui 548 estabelecimentos hospitalares e 1.376 equipes médicas autorizadas, em 25 estados, a realizar transplantes de órgãos, o que mostra seu nível de sofisticação na área médica, não pode conviver simultaneamente com omissões em tratamentos populares básicos que visem à remissão ou atenuação dos efeitos de doenças sérias como câncer, diabetes, artroses, cardiopatias etc.; a judicialização só nasce da omissão, é a verdade a ser dita e defendida. E é impossível generalizar o que deve ou não ser feito, já que o fundamental é a atenção judicial às peculiaridades de cada caso concreto.

REDUÇÃO DA IDADE PENAL: POSIÇÃO CONTRÁRIA!

Frederico Afonso Izidoro¹

Dois homicídios com requintes de crueldade (corpos queimados de dois dentistas) ocorridos recentemente no estado de São Paulo (São Bernardo do Campo e São José dos Campos respectivamente) foram o estopim para retomar a questão da viabilidade ou não da redução da idade penal no País.

O primeiro praticado no ABC por um menor de idade (17 anos) contra a dentista Cinthya Magaly Moutinho de Souza, reacendeu a discussão na sociedade sobre a redução da idade penal no Brasil, atualmente de 18 anos, nos termos do artigo 228 de nossa Constituição. Vejamos: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Antes de avançarmos, faço duas indagações: 1ª: É possível alterar tal dispositivo em nossa Constituição? 2ª: Qual o objetivo de tal redução?

Respondendo à primeira pergunta, entendo que o artigo 228 é uma cláusula pétreia, conforme artigo 60, § 4º, inciso IV c/c artigo 5º, § 2º, tudo da Constituição: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.” e “Art. 5º, § 2º. 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.”. Portanto, teoricamente só seria possível alterar este direito individual através de uma nova constituição. Digo teoricamente, pois no âmbito dos direitos humanos, um direito humano alcançado não retroage (a irretroatividade é uma das características clássicas do Direito Internacional dos Direitos Humanos), e lembrando o magistério de J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição* – Ed. Almedina), ao falar de poder constituinte, afirma que “...obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade...”, ou seja, o poder constituinte originário não seria totalmente autônomo, tendo

¹ Mestre em Direito; Pós-graduado em Direitos Humanos; Bacharel em Direito e Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública.

uma limitação imposta pelo direito natural. O mesmo Canotilho afirma que deve ser levado em conta o princípio da observância de direitos humanos, mas lembra também que a vontade do povo deve ser destacada, já que uma das bases dos direitos humanos é a democracia. Em suma, temos uma dificuldade imensa em alterar tal dispositivo, se é que isto seja possível.

Respondendo à segunda pergunta, acredito que a sensação de impunidade dada aos menores infratores causa repulsa à boa parte da sociedade, que no mínimo questiona: “se tem idade para votar, tem idade para ser responsabilizado penalmente”. Nesta linha de raciocínio, se tem idade para ser responsabilizado, pode ser preso, então concluo que parte da sociedade pouco se importa com o significado real da idade penal, mas apenas quer o encarceramento dos então menores infratores como se adultos fossem!

Proteção às crianças no âmbito internacional humanista não falta: Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança (1924); Declaração sobre os Direitos da Criança (1959); Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Situações de emergência e de Conflito Armado (1974); Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar da Criança (1986); Regras Mínimas para a Administração da Justiça Juvenil das Nações Unidas (“As Regras de Pequim” - 1989); e por fim, a Convenção dos Direitos da Criança (1989).

Sobre esta última, adotada pelas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 (uma das maiores influências à formação da Lei nº 8.069/90 que institui o nosso Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) afirma no artigo 1º que “entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade”. Nas questões preambulares a Convenção afirma que “a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão”, e ainda, “a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento”. Desta forma, a criança tem direito a uma proteção especial integral ao seu desenvolvimento pleno (físico, mental, espiritual e social).

Atualmente o Brasil tem a 4ª maior população carcerária do mundo, com cerca de 550 mil pessoas presas, sem contar as milhares que deveriam estar presas, outras milhares que deveriam estar soltas e mais um déficit de vagas também na casa dos milhar.

Na linha da resposta da segunda pergunta, onde a sociedade quer o encarceramento do menor de 18 anos infrator, trago os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt (*Falência da Pena de Prisão e causas e alternativas* – Ed. Saraiva) nas seguintes menções: “A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma”; “constatou-se sua mais absoluta *falência* em termos de prevenção”; “Com projetos funcionalistas, a prisão da década de noventa será uma prisão mais cômoda em termos de conforto – seguramente a mais desumana que se possa imaginar”; “Sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado”; “Como se percebe, há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, e se tem dito reiteradamente que o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, nossa norma mais importante de direitos humanos no âmbito do sistema regional americano determina no artigo 5º, nº 6 que “As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. Nós cumprimos isso no Brasil? Não cumprimos com os adultos e também não vamos cumprir com os menores! Nossas prisões são depósitos de lixo humano. Agora, se o preso deixou de ser humano, esqueceram de me avisar...

Sou totalmente contra a redução da idade penal, porque não resolve nada reduzi-la. Se o garoto de 17 anos é hoje o “vapor” do tráfico, amanhã será o de 16, 15...10. O limite será a maternidade: “prenda aquele bebê que pegou a chupeta do outro...”. No Brasil, prender por prender só agrava, nada resolve.

Cabe ressaltar que sou totalmente a favor da transferência do maior de 18 anos da Fundação Casa para a prisão dos adultos. Em menos de 30 dias (entre os meses de abril e maio deste ano), acompanhei *in loco* três rebeliões na Fundação de Jundiaí/SP provocada nas três vezes por maiores de 18 anos. Já são maiores, respondem como tal, então, cumpra sua medida sócio educativa no Centro de Detenção Provisória, por exemplo.

O artigo 6º da Convenção dos Direitos da Criança afirma que “1. Os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. 2. Os Estados-partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”. Nosso Ministro da Justiça, do qual tive a oportunidade de ser aluno, José Eduardo Martins Cardozo, em entrevista de

novembro de 2012 afirmou que “Se fosse para cumprir muitos anos na prisão, em alguns dos nossos presídios, eu preferiria morrer”. Agora eu te pergunto: é isto que você deseja para os menores infratores da lei?

EDUCAÇÃO INCLUSIVA?

Lucia Helena de Andrade Gomes¹

As crianças e adolescentes com deficiência tem assegurado tanto na Lei de Diretrizes e Bases e no Estatuto da Criança e do Adolescente o direito à educação escolar pública, preferencialmente, na rede regular de ensino. Hoje, discute-se no plenário o Plano Nacional de Educação, que contempla 20 metas para os próximos 10 anos. Entre as metas propostas, ressalto a quarta, que pretende incluir todos os alunos com deficiência, no ensino regular-sistema educacional inclusivo.

Ainda que o legislador tenha como elemento volitivo a inclusão, ousar falar que a proposta poderá angariar frutos amargos no cotidiano escolar. A inclusão de alunos com deficiência não se realiza a partir de decretos. As dificuldades são inúmeras, desde o número excessivo de alunos em sala de aula, formação dos docentes e ausência de auxiliares. Faz-se necessário uma interação pedagógica e afetiva. As metas previstas no Plano de Educação para os próximos 10 anos irão afetar todos os participantes do dia a dia escolar, gestores, professores, crianças e jovens com deficiência. Ousar, novamente, questionar: os pais de 820 mil estudantes com deficiência matriculados na educação básica, participaram da elaboração desta meta? E os docentes, gestores, especialistas e associações não governamentais foram ouvidos? As APAES que desenvolvem um trabalho inestimável na formação e autonomia destas crianças e adolescentes foram consultadas? O Plano Nacional de Educação tem o escopo participativo? O tema é complexo e não pode ser tratado em exílio, na sala de algum gabinete governamental.

Em nossa experiência vivenciamos inúmeros casos em que a inclusão foi muito bem sucedida, com o apoio de todos os envolvidos: escola e família, em um trabalho coletivo com a APAE, ATEAL e outras associações em Jundiaí. Arquivar metas inclusivas, não garante a inclusão; impor a matrícula e deixar o aluno no canto da sala de aula é excluí-lo, mais uma vez da sociedade. O Estado deve ouvir todos os interessados e, principalmente, garantir aos pais o direito de escolha.

¹ Advogada, professora e escritora. Mestre em Psicologia da Educação e Doutora em Educação: Currículo (PUC/SP). Professora e coordenadora de monografias jurídicas do curso de Direito UNIANCHIETA